GAI INSTITUTIONUM

COMMENTARIUS SECUNDUS

§§ 97—289 (Testamentarisches Erbrecht)

Text
mit Vorwort, Erklärung und Anhängen

von

Ferdinand Kniep
Professor der Rechte in Jena

Jena
Verlag von Gustav Fischer
1913

Als älteste Testamentsformen werden uns bei Gajus vorgeführt das testamentum calatis comitiis und in procinctu, später sei das Manzipationstestament hinzugekommen. Das mag zutreffen für das jüngere Manzipationstestament; ob auch für das ältere, scheint mir recht zweifelhaft zu sein.

Auf alle Fälle tritt uns im Manzipationstestament die Hauptform entgegen, während wir bei den anderen beiden Testamenten nur Nebenformen vor uns haben. Das testamentum in procinctu setzt ein Heer in Schlachtordnung voraus; für das testamentum calatis comitiis standen nur zwei Tage im Jahre offen, die noch dazu ziemlich nahe aufeinander folgten. Wir werden demnach davon ausgehen können, daß die Entwicklung des testamentarischen Erbrechtes aufs innigste verknüpft ist mit der Gestaltung des Manzipationstestamentes.

Aeltere und jüngere Form unterscheiden sich wesentlich. Die jüngere bringt uns die Erbeseinsetzung, die der älteren noch unbekannt. Daraus können wir den Schluß ziehen, daß das ältere römische Erbrecht überhaupt keine testamentarische Erbeseinsetzung kannte. Wir dürfen den Ursprung dieser Erbeseinsetzung nicht etwa bei den Nebenformen suchen und diese Einrichtung einer grauen Vorzeit überweisen wollen: zumal die Ueberlieferung uns hierfür kaum Anhaltspunkte darbietet und wir den Uebergang zur Erbeseinsetzung beim Manzipationstestament sogar mit ziemlicher Genauigkeit verfolgen können.

Beim älteren Manzipationstestament tritt uns ein familiae emptor entgegen. Mit ihm wird das Geschäft vom Testator

abgeschlossen, ihm wird das Vermögen manzipiert. Diesem Nehmer des Vermögens können Auflagen gemacht werden zugunsten Dritter. Das ist das legare. Nur ein solches legare kennen die Zwölftafeln: Uti legassit super pecunia . . ita ius esto. Der Ausdruck pecunia legt den Gedanken nahe, daß diese Testierbefugnis sich ursprünglich auf die Fahrnis beschränkte.

Wichtiger noch ist eine Schranke, die meines Erachtens für die alte Zeit ebenfalls anzunehmen: testieren durfte nur cui suus heres nec escit. Wer Kinder in seiner Gewalt hatte, seien es leibliche oder adoptierte, oder hätte haben können, wenn sie noch bei seinen Lebzeiten geboren wären: war vom Manzipationstestamente ausgeschlossen; und solchen Kindern reihte sich an die uxor in manu.

Hier griff aber ein anderes Rechtsgeschäft ein: die väterliche Teilung. Voraussetzung derselben war umgekehrt das Vorhandensein von Kindern. Beide Rechtsgeschäfte hatten demnach einmal jedes ihr besonderes Gebiet.

Nun ist das Manzipationstestament der Zwölftafeln schon ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Dem mancipare pecuniam reiht sich an eine nuncupatio, mittels welcher dem Nehmer des Vermögens Legate auferlegt wurden. Diese Anreihung wird späteren Ursprunges sein. Streichen wir dieselbe, so bleibt nach ein Veräußerungsgeschäft zwischen Testator und Nehmer des Vermögens.

Die Sache ist aber immer noch verwickelt genug, als daß wir hier schon beim Anfang der Entwicklung angelangt sein könnten. Die Manzipation ist von Haus aus ein Geschäft, das sich zusammensetzt aus einem beiderseitigen Nehmen und Geben. Der eine gibt das Kupfer und nimmt die Sache, der andere gibt die Sache und nimmt das Kupfer. Dieses Rechtsgeschäft ist hier in ganz eigenartiger Weise benutzt worden.

Bemerkenswert ist schon, daß wir es mit einem ganzen Vermögen zu tun haben. Freilich nicht im modernen Sinne. Denn die Forderungen und Schulden gehen uns nichts an,

die gingen einmal mit dem Tode unter. Die alte hereditas ist nichts anderes als ein Haufen körperlicher Sachen. Immerhin keine einzelne Sache. Bei der Manzipation haben wir es aber zunächst mit einzelnen Sachen zu tun. Das wird auch bei diesem eigenartigen Geschäfte der Fall gewesen sein. Mit der Zeit haben sich dann diese Vergabungen einzelner Sachen zu einer Vergabung sämtlicher Nachlaßsachen ausgestaltet.

Die Eigenartigkeit besteht aber vor allen Dingen darin, daß dieses Veräußerungsgeschäft nicht sofort seine Wirkungen äußern soll, sondern erst mit dem Tode des Veräußerers. Wir sind angelangt bei den Vergabungen von Todes wegen. Und wie diese sich zunächst auf einzelne Sachen erstreckten, wird auch zuvörderst nicht der Tod im allgemeinen, sondern eine besondere Todesgefahr ins Auge gefaßt sein.

Mit der heredis institutio verknüpft sich eine vollständige Umgestaltung des testamentarischen Erbrechtes.

Heres ist zunächst das vom Vater hinterlassene Kind. So tritt uns der heres in den Zwölftafeln entgegen: der suus heres ist 'sein Kind'. Dazu paßt eine neuere Etymologie, wonach heres zu Χῆρος 'verwaist, beraubt' gehört. Der adgnatus proximus wird in den Zwölftafeln noch nicht heres genannt, von ihm heißt es vielmehr: familiam habeto.

Wir sind gewohnt, von einem weiteren heres-Begriffe auszugehen, indem wir zwischen suus und extraneus heres unterscheiden. Dieser extraneus heres ist ein späterer Anbau.

Das hinterlassene Kind wird zu den sacra verpflichtet. Diese Verpflichtung überträgt sich auf andere durch Gesetz zum Nachlaß Berufene, vor allem auf den adgnatus proximus. Er wird heres in diesem Sinne. Die Verpflichtung zu den sacra entsteht nach Cic. de leg. 2, 20 § 49 in erster Linie: hereditate.

Während die ältere Pontifikalordnung sich noch beschränkt auf den gesetzlichen Erben, ist in der jüngeren der eingesetzte Erbe mitherangezogen. Die ältere Pontifikalordnung ist ein Seitenstück zum alten Manzipationstestament, die jüngere

Pontifikalordnung ein Seitenstück zum jüngeren Manzipationstestament.

Der extraneus heres ist nicht schon gegeben mit der Berufung durch Gesetz bzw. der Einsetzung im Testament: es bedarf seinerseits einer feierlichen Antretung, der cretio. Die Berufenen sind nicht immer geneigt gewesen, sich solchen sacra zu unterziehen; man hat auf Mittel und Wege sinnen müssen, sie zum Antritt zu nötigen: ut essent qui sacra facerent.

Das Bestreben, das sich hier Geltung verschaffte, faßt Cic. de leg. 2, 20 § 50 in die Worte: quod pontifices cum pecunia sacra coniungi uolunt. Indem aber die Priester so verfuhren hinsichtlich der sacra, haben sie gleichzeitig für das weltliche Recht dem Satze vorgearbeitet: daß Schulden mit dem Tode nicht unterzugehen brauchen. Während aber die Verbindung der sacra mit der pecunia so zu verstehen sein wird, daß über den Nachlaß hinaus nicht gehaftet wurde: ist das weltliche Recht weiter gegangen und hat den Erben sogar mit seiner Person verantwortlich gemacht. Im übrigen sind auch hier Mittel und Wege nötig geworden, um den Erben zum Antritt zu nötigen: ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.

So ist denn aus heres dem Kinde heres der Schuldenzahler geworden, der uniuersa onera hereditaria sustinet.

Das Erfordernis der Einsetzung eines solchen Schuldenzahlers im Testamente hat keineswegs in ganz friedfertiger Weise seinen Einzug in die Rechtsordnung gehalten. Es hat einer dreifachen Gesetzgebung bedurft, um den Widerstand zu brechen, der sich hiergegen auflehnte. Die drei Gesetze sind: die lex Furia, jünger als die lex Cincia vom Jahre 550/204, die lex Voconia vom Jahre 585/169, die lex Falcidia vom Jahre 714/40.

Bei dieser Gesetzgebung tritt uns eine merkwürdige Erscheinung entgegen. Die lex Furia und Voconia beschränken sich nicht auf das legatorum nomine capere, sondern ergreifen außerdem das mortis causa capere. Dieses letztere

ist schon längst zu der donatio mortis causa in Beziehung gesetzt worden, und eine andere Auffassung ist kaum möglich.

Dabei ist aber zu beachten, daß dieses mortis causa capere sich uns darstellt als eine Anordnung im Testament. Und wenn wir nun fragen: mit wem mag dieses Geschäft abgeschlossen sein? Doch mit keinem andern als dem familiae emptor, der das erhält, was übrig bleibt.

Ist es aber richtig, daß ein familiae emptor nach der lex Voconia noch aus dem Testamente erwerben kann, so ist ausgeschlossen, daß er im Jahre 585/169 schon zur bloßen Scheinperson herabgesunken war. Er ist noch immer der andere Teil, mit welchem der Testator das Rechtsgeschäft abschließt, bzw. abschließen kann.

Indessen stehen diesem familiae emptor nicht bloß Legatare zur Seite, sondern auch ein oder mehrere Erben. Was fangen wir mit diesen Erben an? Solange der familiae emptor noch etwas zu bedeuten hatte, ist für einen Erben auf den ganzen Nachlaß, ich will ihn Vollerben nennen, noch mehrere Teilerben des Ganzen kein Raum. Demnach bleibt nur übrig der heres ex re certa.

Sachlich ist der heres ex re certa anlangend den Erwerb nichts anderes als ein Legatar. Er unterscheidet sich aber von den gewöhnlichen Legataren dadurch, daß ihm obliegt, die Schulden zu zahlen. Wir haben demnach vor uns eine Sachteilung, keine Bruchteilung eines ganzen Nachlasses.

Die aus alter Zeit stammende väterliche Teilung war auch eine Sachteilung. Wenn der Vater seine Bauernstelle einem der Söhne zuteilte, die übrigen Kinder mit Kleinigkeiten abfand, so wird es der Billigkeit entsprochen haben, daß er dem Nachfolger in der Stelle auch die Schulden aufbürdete.

So könnte der testamentarische heres ex re certa schon in der väterlichen Teilung sein Vorbild gefunden haben.

Wesentlich anders verhält es sich mit der lex Falcidia. Des mortis causa capere geschieht keine Erwähnung. Der Erbe hat Anspruch auf ein Viertel des Nachlasses. Damit

sind wir angelangt bei der Bruchteilung des Ganzen. Neben einem solchen Erben ist kein Raum mehr für einen familiae emptor in alter Weise. Derselbe ist jetzt zu einer Scheinperson geworden.

Zwischen der lex Voconia und der lex Falcidia liegen 129 Jahre. In diesem Zeitraume hatte sich mancherlei geändert. Vor allen Dingen ist zu erinnern an die Tätigkeit des Prätors.

Das neue Erfordernis des Manzipationstestamentes, die Erbeseinsetzung, nahm der Prätor in seinen ganz besonderen Schutz. Er versprach dem eingesetzten Erben die bonorum possessio. Von diesem Hauptfalle hat vielleicht die ganze Entwicklung ihren Ausgang genommen. Jedenfalls ist die älteste b. p., über die uns Plin. n. h. 7, 5 § 40 wie Gell. n. a. 3, 16 § 23 berichten, und die vielleicht dem Jahre 578/176 angehörte, eine b. p. s. t. Die b. p. wurde den Universalsukzessionen zugezählt. Sie erstreckte sich auf die Gesamtheit der im Nachlasse befindlichen körperlichen Sachen. Wie paßt dazu der heres ex re certa? Er wird keinen Anspruch auf die b. p. s. t. gehabt und dieser Umstand mit dazu beigetragen haben, daß der heres ex re certa mehr und mehr in den Hintergrund trat.

Eine andere Tat des Prätors. Wenn keine Erben vorhanden waren, überwies er den Nachlaß den Gläubigern. Diesen mußten die Legatare nachstehen. So wird denn die Gültigkeit der Legate bedingt durch den Antritt des Erben.

Die Schranke cui suus heres nec escit wird vom neuen Manzipationstestamente mitübernommen sein. Dies ersehen wir daraus, daß es einer besonderen Einrichtung bedurfte, um über diese Schranke hinwegzukommen. Diese Einrichtung war die exheredatio.

Von solcher Enterbung scheint reichlicher Gebrauch gemacht zu sein. Man sucht dem zu wehren durch strenge Auslegung: exheredationes non essent adiuuandae. Damit sind wir angelangt beim formellem Noterbenrecht. Das erste Beispiel tritt uns entgegen bei Cic. de oratore 1, 38 § 175.

Hätte andererseits die Erbeseinsetzung ihr Vorbild schon bei der väterlichen Teilung gefunden, so begreift sich leicht: daß die Erbeseinsetzung auch zur Durchführung einer väterlichen Teilung benutzt werden konnte.

Damit wären wir angelangt bei dem Satze: ein Kind muß entweder zum Erben eingesetzt oder enterbt werden.

Dieser Satz galt aber zunächst nur für das bereits geborene Kind. Nachgeborene stoßen nach wie vor ein Testament um. Hier hilft weder Einsetzung noch Enterbung.

Allmählich wird man aber der Nachgeborenen und der diesen Angereihten gleichfalls Herr. Den Anfang macht das Kind, das erst nach dem Tode des Testators geboren wurde: Ulp. 22, 19. Die Neuerung wird hergeleitet ex iure ciuili. Dabei haben wir wohl zu denken an ein Eingreifen des Centumviralgerichtes. Dem Cicero war diese Entwicklung bereits bekannt.

Weniger bedenklich scheint auch hier wieder der Prätor gewesen zu sein. Jedenfalls verdient Beachtung, daß in dem ältesten Beispiele, das wir von der bonorum possessio besitzen, uns schon eine Nachgeburt entgegentritt.

Die bonorum possessio, welche der Prätor erteilte, war von Haus aus nicht darauf angelegt, endgültige Zustände zu schaffen: wir haben zu unterscheiden eine bonorum possessio cum re und sine re.

Im Laufe der Zeit gleicht sich der Gegensatz zwischen hereditas und bonorum possessio mehr und mehr aus. Dieser Entwicklung dient eine neue Klage, welche dem bonorum possessor gewährt wird: die possessoria hereditatis petitio. Dem Julian war sie bereits bekannt. Auch Gajus beschäftigte sich mit derselben: zwar nicht in seinen Institutionen, aber im Kommentare zum Provinzialedikt. So könnte denn diese Klage für die Provinzen von besonderer Bedeutung gewesen sein.

Auf den Gegensatz der bonorum possessio cum re und sine re stoßen wir noch c. 25 de inoff. test. 3, 28 vom Jahre 301. Im übrigen sind die Kompilatoren bemüht ge-

wesen, die b. p. sine re möglichst in den Justinianschen Rechtsbüchern auszumerzen: ohne daß es ihnen gelungen wäre, alle sonstigen Spuren zu beseitigen.

Was den Zeitpunkt anbetrifft, wann der Wegfall der b. p. sine re erfolgte, so können wir anknüpfen an die c. 9 qui admitti 6, 9 vom Jahre 339, welche statt Gesuch um Erteilung der b. p. die bloße Anzeige für genügend erklärte.

Einen Ersatz für die b. p. sine re scheint in gewisser Weise dargeboten zu haben die sogenannte Hadriansche Besitzeinweisung.

Das Manzipationstestament haben wir von Haus aus als ein rein mündliches aufzufassen. Die Urkunde ist zunächst Beweisurkunde. Beim Prätor entsteht dann das schriftliche Testament mit sieben Siegeln. Daneben ist zu beachten ein ziviles Testament mit fünf Siegeln. In Aegypten begegnet uns auch ein Testament mit sechs Siegeln.

Bei den Vermächtnissen haben wir unseren Ausgang zu nehmen vom do lego. Als Gegenstück dazu ist das legatum per praeceptionem zu betrachten. Beide Formen sind schon mit dem älteren Manzipationstestamente zu verbinden. In einem Falle behielt der Treuhänder, was nach Abzug der Legate übrig blieb; im anderen Falle nahm er vorweg und überließ das übrige den Legataren. Ihnen zugesellt haben mag sich auch bereits das Partitionslegat, soweit es sich auf Teilung von körperlichen Sachen erstreckte. Das Damnationslegat wird sich erst beim neueren Manzipationstestamente entwickelt haben. Das legatum sinendi modo hat dazu gedient, das Nießbrauchsvermächtnis bzw. den Nießbrauchsbegriff zu entwickeln.

Das Fideikommiß reicht schon an die lex Voconia hinan; ihre Klagbarkeit wurde aber erst unter Augustus zugestanden, und zwar tritt das Erbschaftsfideikommiß in den Vordergrund.

Die Herausgabe einer solchen Erbschaft geschah in der Weise, daß die Gesamtheit der körperlichen Sachen manzipiert und daneben wegen der Forderungen und Schulden stipu-

lationes quasi emptae venditae hereditatis abgeschlossen wurden.

Das S.C. Trebellianum vom Jahre 56 n. Chr. befürwortete dann den Uebergang schwebender Prozesse auf denjenigen Fideikommissar, an den die Erbschaft herausgegeben war. Der Prätor ging aber weiter und gewährte auch wegen solcher Ansprüche dem Fideikommissar bzw. gegen den Fideikommissar Klagen, die noch nicht von oder gegen den Erblasser geltend gemacht waren. Die Manzipation der körperlichen Sachen war damit nicht beseitigt, sie bildete aber keine Voraussetzung mehr für den Uebergang dieser Klagen, dazu genügte einfaches restituere. Auf diese Weise kamen ferner die stipulationes quasi emptae venditae hereditatis außer Uebung.

Das S.C. Pegasianum gewährte den mit einem Erbschaftsfideikommiß belasteten Erben ein Anrecht auf das Falcidische Viertel. Die so belasteten Erben, denen der Testator nicht einmal das Viertel freigelassen hatte, erscheinen als die Liquidatoren der Erbschaft, während die Universalfideikommissare daneben als Legatare behandelt werden. Demgemäß machen die Erben die Erbschaftsforderungen geltend und haften für die Erbschaftsschulden, selbst dann, wenn sie auf den Abzug des Viertels verzichten. Zur Ausgleichung dienen in diesem Falle ähnliche Stipulationen, wie sie beim Erbschaftskaufe üblich waren; kam es dagegen zum Abzug des Viertels, so wurden die Stipulationen denen des Partitionslegates nachgebildet. Ließ der Erbe sich zum Antritt zwingen, so wurden alle Klagen für und wider den Fideikommissar gegeben.

Das Fideikommiß einzelner Sachen kann auferlegt werden dem im Testamente eingesetzten Erben oder Legatar.

Der Ausgangspunkt für das klagbare Freiheitsfideikommiß ist der erbschaftliche Sklave, auf den sich das S.C. Rubrianum beschränkte, das vielleicht dem Jahre 103 n. Chr. angehört. Eine Ausdehnung des Freiheitsfideikommisses auf nichterbschaftliche Sklaven brachte das S.C. Iuncianum aus dem Jahre 127 n. Chr.

Die Gegensätze, welche zwischen Legat und Fideikommiß von Haus bestanden, verschwinden allmählich. Bemerkenswert, daß die den Ehelosen und Kinderlosen gedrohten Nachteile bis auf Kaiser Vespasian durch ein Fideikommiß umgangen werden konnten. Vielleicht war diese Umgehungsmöglichkeit der Preis, den Augustus zahlte, um seine lex Papia Poppaea beim Volke durchzusetzen.

Das wäre in großen Zügen ein ungefähres Bild, wie ich mir die Entwicklung des testamentarischen Erbrechtes bei den Römern vorstelle, unter Hervorhebung derjenigen Punkte, wo ich von der herrschenden Auffassung abweiche.

Jena, im Juli 1913.

Inhalt.

⟨Commentarius secundus.⟩ [1]

Quibus modis per uniuersitatem res nobis adquirantur.

97. Hactenus⟩ [2]) tantisper admonuisse [3]) sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquirantur: nam legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus, opportunius alio loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per uniuersitatem res nobis adquirantur [4]).

98. Si cui heredes facti sumus, siue cuius b⟨onorum possessionem⟩ [5]) petierimus, siue cuius bona emerimus, siue quem adoptauerimus, siue quem [6]) in manum ut uxorem receperimus: eius res ad nos transeunt.

99. Ac prius [7]) de hereditatibus [8]) dispiciamus [9]), quarum duplex condicio est: nam uel ex testamento

---

1) Vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 1.

2) Hactenus hat bereits Goeschen ergänzt auf Grund von I. I. II, 9 § 6. Die Ueberschrift ist von Böcking[5] so eingesetzt.

3) Gajanisch: siehe zu II, 80.

4) HS. adquiratur.

5) So ergänzt Goeschen; Studemund hält auch die Ergänzung von bona für möglich.

6) Goeschen quam. In ältester Zeit war quis wie griechisches τίς geschlechtslos: Neue-Wagener Bd. 2[3] S. 441. Aber auch noch später wird quis als Pronomen indefinitum von einer Frau gebraucht. Vgl. Ulp. fr. 11 § 3 de his qui not. 3, 2: si quis ergo post huiusmodi exitum mariti nuptum se collocauerit.

7) So Goeschen. HS. primus.

8) HS. hereditabibus: Ob das b in bi auf Assimilation beruht?

9) Gajanisch: siehe zu II, 86.

uel ab intestato ad nos pertinent[1]). **100.** Et prius est, ut[2]) de his dispiciamus[3]), quae nobis ex testamento obueniunt.

101. Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant; aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. **102.** Accessit deinde tertium || genus HS.
testamenti, quod per aes et libram agitur.

Qui neque calatis comitis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dare uelletur[4]). Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur[5]).

103. Sed ill(a) quidem duo genera testamentorum in desuetudinem[6]) abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est.

---

1) HS. pertinet.

2) Wohl Gajanisch: vgl. Kalb, R.J. S. 79; Wegweiser S. 102.

3) Gajanisch: siehe zu II, 99.

4) Die lose Verbindung mit bloßem Qui dürfte sprechen für spätere Anfügung. Huschke schiebt enim hinter Qui ein. Ferner ist anstößig dare uelletur. Passive Formen von Hilfszeitwörtern kommen freilich auch sonst vor, so von possum, queo, nequeo: teils in vorklassischer, teils in nachklassischer Zeit, nequitur ist sogar klassisch. Aber überall steht dann der Infinitiv ebenfalls im Passiv. Vgl. Kühner, Gr. der lat. Spr. Bd. 1 S. 521. 529, Bd. 2 S. 498, Bd. 1^2 S. 808. 818; Bonnet Le Latin de Grég. de Tours pag. 628. Endlich ist der Satz völlig überflüssig und der Hauptsache nach dem folgenden § 103 entnommen.

5) Auch der mit Quod sich anschließende Satz ist ziemlich überflüssig. Zudem ist verdächtig scilicet quia: siehe zu I, 146.

6) Gajanisch: siehe zu I, 111.

Sane „nunc[1]) aliter[2]) ordinatur quam olim[3]) solebat[4]). Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet. Nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata[5]) relinquantur[6]), alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.

104. Eaque res ita agitur[7]). Qui facit testamentum[8]) adhibitis sicut in ceteris mancipationibus V testibus ciuibus Romanis puberibus[9]) et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re his uerbis familiae emptor utitur: Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tutela mea[10]) custodelaque mea esse aio[11]); quo tu iure testamentum || facere possis secundum legem publicam, hoc aere HS. S. 79

1) Nunc, insofern es auf das Recht der Gegenwart hinweist, dürfte ebenso wie hoc tempore, his temporibus, nostris temporibus auf Gajus zurückgehen: vgl. I, 102.

2) HS. alter.

3) Gajanisch: siehe zu II, 54.

4) Gajanisch: siehe zu II, 90.

5) So Goeschen. HS. legato. Wegen Uebergang des a in o, siehe Seelmann S. 170. 171.

6) HS. reli|quantur. Ausfall eines n am Ende einer Zeile. Goeschen relinquuntur. Aber der Konjunktiv ließe sich halten: 'mögen hinterlassen werden'.

7) Dies Eaque res ita agitur wird sich einmal dem ersten Satze des § 102 unmittelbar angeschlossen haben.

8) HS. facit statt facit t = facit testamentum. So Huschke, Gajus S. 36.

9) HS. pueribus.

10) HS. tu|am. Ich löse auf tutela mea. Hinter dem tu am Ende der Zeile könnte auch tel ausgefallen sein. Für Einsetzung von tutela schon Böcking. Dagegen erklärt es Dubois für unmöglich.

11) HS. mea. Ich löse auf: mea esse aio. Für Einsetzung von esse aio schon Huschke. Außerdem könnte ein ea ausgefallen sein. Mommsen: mea esse aio et ea.

(et ut quidam adiciunt) aeneaque libra esto mihi empta. Deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco. Deinde testator tabulas testamenti manu[1]) tenens ita dicit: Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ito lego, ita testator[2]), itaque nos Quirites testimonium mihi perhibitote[3]). Et hoc dicitur nuncupatio. Nuncapare est enim palam nominare;

et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur[4]) generali sermone nominare atque confirmare.

105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est[5]) aut familiae emptoris aut ipsius testatoris.

Quia[6]) propter ueteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi[7]) gratia, creditur[8]) inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe[9]) olim[10]), ut proxime[11]) diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat,

---

1) So Huschke. HS. testmanti. Goeschen testamenti ohne manu.

2) Alle Herausgeber setzen statt dessen testor, das allerdings Ulpian 20, 9 bringt. Sind wir aber um deswillen berechtigt, Gajus zu ändern? Das testator ist meines Erachtens die alte Anrede an den familiae emptor. Siehe Erkl. 8.

3) So HS. Goeschen perhibetote. Ob Assimilation oder Nebenform nach der 4. Konjugation? Vgl. Lachmann, Kleinere Schriften Bd. 2 S. 234; Neue-Wagener Bd. 3³ S. 279. Bei Ulp. 20, 9 heißt es praebitote, das Lachmann halten möchte, das aber auch aus einem perhibitote hervorgegangen sein könnte.

4) Gajanisch: siehe zu II, 89.

5) HS. potestat. ēē statt potestate ē.

6) Gajanisch: siehe zu II, 94.

7) HS. ornandi. Vgl. I, 134 uincante für uindicante. Ich erinnere ferner an caementum für caedimentum. Ob dieses di in der Aussprache nicht sehr hervortrat?

8) Gajanisch: siehe zu II, 54.

9) Wohl Gajanisch: siehe Kalb R.J. S. 48.

10) Gajanisch: siehe zu II, 103.

11) Nämlich II, 103.

heredis loco erat: itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium. **106.** Unde[1]) et si is, qui in potestate patris est, familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem, qui in[2]) eadem potestate est, uelut frater eius.

Sed si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis ‖ adhibetur, nec is HS. S. 80
qui in potestate patris sit[3]).

107. De libripende eadem quae et de testibus dicta esse intellegemus[4]), nam et is testium numero est.

108. Is uero qui in potestate heredis aut in legatari[5]) est, cuiusue heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est, ab eo[6]) ⟨testatore⟩

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 89.

2) HS. quin.

3) Für nachgajanischen Ursprung des ausgerückten Satzes spricht zunächst das anfügende sed. Polenaar ändert in et. Huschke S. R. denkt an sed et. Kalb, R. J. S. 81. 82 hätte mit wegen des Sed statt des folgenden nec . . nec vielmehr et . . et erwartet. Jedenfalls ist nec . . nec nicht gajanisch. Endlich fällt ins Gewicht die Gleichgültigkeit gegen die modi: erst adhibetur, dann sit. Es ist bemerkenswert, daß I. I. II, 10 § 9 sit in est geändert worden.

4) Gajanisch: siehe zu II, 67.

5) Ergänze potestate. Man hat meines Erachtens nicht nötig, das in vor legatari zu streichen.

6) Lachmann hat ab eo in adeo geändert, und diese Aenderung hat vielen Beifall gefunden. Meines Erachtens will aber das adeo in den Zusammenhang nicht recht passen, dann müßten die Genannten als Zeugen von ganz besonderer Bedeutung sein. Statt dessen ist, was voraufgeht, nur eine Folge von dem mit ut ipse beginnenden Satze: wie auch der Erbe und Legatar von Rechts wegen zugezogen werden mögen. Wir müssen bedenken, daß der § 108 ursprünglich unmittelbar auf den ersten Satz von § 105 folgte. So wird das ab eo zum ipsius testatoris in Beziehung zu setzen sein. Da aber neben dem testator auch der familiae emptor genannt war, ist dem ab eo wohl ein testatore hinzuzufügen, das leicht ausfallen konnte: te testis = testatore testis.

testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut[1]) legatarius iure adhibeantur.

Sed tamen quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusue is[2]) in potestate erit, minime hoc iure uti debemus[3]).

De testamentis militum[4]).

109. Sed haec diligens obseruatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam inperitiam mentis ⟨consti⟩tutionibus[5]) principum remissa est:

1) HS. ut. Vgl. Bd. 1 S. 5 Anm. 3.

2) HS. iis.

3) Der ausgerückte Satz nimmt sich recht merkwürdig aus: ein Recht, das eben noch als möglich hingestellt worden, vor dessen Ausübung wird ausdrücklich gewarnt. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß wir es hier mit einer späteren Anfügung zu tun haben. Es fragt sich nur: ob diese Anfügung von Gajus herrührt, oder ob sie spätern Ursprunges. In dieser Beziehung verdient das minime Beachtung. Minime als Ersatz von non ist spätes Latein. Als besonders starke Verneinung soll es aber nach Kalb R.J. S. 66 sporadisch bei den klassischen Juristen schon vorkommen. In den Institutionen von Gajus findet sich das minime nur an dieser Stelle. Außerdem werden für Gajus von Kalb noch drei Stellen beigebracht. Hier könnte aber das minime interpoliert sein. Dies nimmt an Paul Krüger bei Gai. fr. 7 pr. de reb. dub. 34, 5 mit de Medio; bei Gai. fr. 9 § 2 de lib. causa 40, 12 mit Riccobono. Die dritte Stelle Gai. fr. 34 § 1 de nou. 46, 2 lautet: Adgnatum furiosi aut prodigi curatorem nouandi ius habere minime dubitandum est, si hoc furioso uel prodigo expediat. Hier bezeichnet Paul Krüger mit Riccobono den Schlußsatz si hoc . . expediat als interpoliert. Die Interpolation könnte sich aber mit auf das minime dubitandum est erstrecken. So heißt es z. B. IV, 60: dubitare non debemus. Demnach läßt sich wohl der in Frage stehende Gebrauch von minime bei Gajus nicht nachweisen.

4) HS. milium. Ausfall des t zwischen zwei Vokalen: siehe Bd. 1 S. 336.

5) HS. mentis tutionibus. Die bisherigen Herausgeber streichen mentis und begnügen sich mit constitutionibus. Mir ist ein Ausfall vor tutionibus wahrscheinlicher, wenngleich II, 114 mentis ebenfalls fehlt. Es mag dagestanden haben: mentisistutionibus statt mentis c

nam quamuis neque legitimum numerum testium adhibuerint neque uendiderint[1]) familiam neque nuncupauerint[2]) testamentum, recte[3]) nihilo minus testantur. **110**. Praeterea permissum est iis et peregrinos et Latinos instituere heredes uel iis[4]) legare: cum alioquin peregrini quidem ratione[5]) ciuili prohibeantur capere hereditatem legataque, Latini uero per legem Iuniam. **111**. Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditatem[6]) legataque capere uetantur;

item orbi, id est qui liberos non habent, quos lex (Papia dimidias partes hereditatium legatorumque perdere iubet[7])

ex militis testamento solidum capiunt.)[8])

— — — — — — — — — — — — — — — —[9]).

---

stutionibus=mentis constutionibus; ferner Ausfall einer Silbe wegen ähnlichen Anlautes, somit mentis constitutionibus.

1) HS. uendiderit.

2) HS. nunccupauerint.

3) Gajanisch: siehe zu I 53. 149; II, 85.

4) HS. is.

5) Gajanisch: siehe zu I, 158; II, 79.

6) HS. hereditate.

7) Bei item macht die HS. einen Absatz. Deshalb möchte ich die Angliederung der orbi eher einem Nachgajaner zutrauen. Ulpian 22,3 beschränkt sich ebenfalls auf die persona caelibis.

8) Die Ergänzung stammt im großen und ganzen von Huschke; ich habe nur das Huschkesche plus quam dimidias partes hereditatis . . capere uetat in Anlehnung an II, 286[a] geändert.

9) Hier ist ein ganzes Blatt verloren gegangen. Zunächst wird Gajus das Soldatentestament zu Ende behandelt haben. Der übrige Inhalt ergibt sich aus Ulp. 20, 10—15; epitome II, 2 §§ 1—3; I. I. II, 12 quibus non est permissum testamenta facere. An erster Stelle Berücksichtigung der Hauskinder. I. I. II, 12 pr. bis zu dem Schlußsatze, der anhebt mit exceptis uidelicet, könnte Gajus entnommen sein. Es folgten die impuberes Ulp. 20, 12; I. I. II, 12 § 1; epitome II, 2 § 2. Sodann kommen an die Reihe die furiosi Ulp. 20, 13; I. I. II, 12 §§ 1—3; epit. II. 2 § 3. Ob auch noch andere, mag dahingestellt bleiben.

112. ‖ — — ⟨furio⟩si prohibentur; hi modo ⟨per inter- HS. S.
ualla, quibus sani sunt, possunt facere testamenta⟩ [1]).

112 a. — — — — — — — — — — — — — — — —
Na⟨m nullius ciuitatis sunt, ut⟩ [2]) eius more faciant ⟨te-⟩
stamentum.

112 b. Nec magis per uer⟨ba legis prouisum est mino-
ribus⟩ XXX anno⟨rum manumissis⟩ [3]). — — — — —
— — — — — — — — — — — — — — — — —

112 c. ⟨Olim etiam testamenti faciendi ius non aliter habebant mulie⟩res, ⟨quod exceptis uir⟩gini [4]) ⟨bus Vestalibus intel⟩legim⟨us dictum esse, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent. Postea uero ex auc⟩ toritate diui Hadriani [5]) senatusconsultum [6]) factum est, quo permissum e⟨st ingenui⟩s [7]) feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent ‖ annorum [8]) XII, HS. S.

tutore auctore [9]),

---

1) So ist vielleicht zu ergänzen nach epit. II, 2 § 3.

2) Die von 112^{a} erhaltenen Worte und Buchstaben entsprechen dem Schlußsatze bei Ulp. 20, 14, wie schon Huschke[4] wahrgenommen hat. Wir werden hier demnach hingewiesen auf die dediticii, denen vielleicht vorangestellt waren die Latini Iuniani.

3) Daß es sich hier handeln wird um freigelassene Sklaven, die noch keine dreißig Jahre alt waren: darauf hat bereits Huschke[4] aufmerksam gemacht.

4) Die HS. hat cini mit blassem c.

5) Gajanisch: siehe zu I, 115^{a}.

6) Wir sind diesem senatusconsultum schon I, 115^{a} begegnet. Das Voraufgehende ist dem § 115^{a} entsprechend ergänzt worden unter Benutzung der gelesenen Buchstaben.

7) Wegen ingenuis siehe Bd. 1, Erkl. 33, S. 179.

8) HS. anni, hervorgegangen vermutlich aus ann. = annorum: siehe Studemund, pag. 256.

9) HS. tab = tau = tutore auctore. So Polenaar. Andere Vorschläge stellt zusammen Dubois. Freilich hinkt das tutore auctore etwas nach, auch ist die Abkürzung ungewöhnlich. Beides läßt schließen auf spätere Einfügung.

scilicet ut quae tutela liberatae non essent ita testari debent [1]).

113. Videntur [2]) ergo melioris condicionis esse feminae quam masculi: nam masculus minor intra annos [3]) XIV testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere uelit.

Femina uero potest XII annorum, testamenti faciundi iis [4]) ius nanciscitur [5]) [6]).

⟨De heredibus instituendis.⟩

114. Igitur si quaeramus [7]), an ualeat testamentum, inprimis aduertere [8]) debemus, an is, qui id fecerit, habuerit testamenti factionem. Deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris ciuilis regulam ⟨te⟩-

1) Das voraufgehende scilicet weist hin auf einen Nachgajaner: siehe zu II, 102. Das konsekutive ut mit dem Indikativ könnte an sich gajanisch sein: siehe zu II, 78. Wir hätten hier demnach vor uns die Zusätze zweier Nachgajaner. Der eine beschränkt sich darauf, die Notwendigkeit der vormundschaftlichen Mitwirkung hervorzuheben. Der andere weist daneben auf das ius liberorum hin.

2) Gajanisch: siehe zu II, 104.

3) HS. ianni, hervorgegangen vielleicht aus iann. = intra annos. Die bisherigen Herausgeber streichen das i vor anni und setzen bald minor annorum bald minor annis.

4) HS. faciuntdiis = faciuntdi iis = facundi iis.

5) HS. nancicitur.

6) Weitere Textänderungen, die vorgeschlagen sind, siehe bei Dubois. M. E. haben wir hier vor uns den Zusatz eines Nachgajaners. Er bildet in der HS. einen besonderen Absatz und ist völlig überflüssig. Dazu die nachlässige Anfügung. Das Femina uero potest XII annorum soll einen Gegensatz bilden zum minor intra annos XIV testamentum facere non potest. Das nancicitur bzw. nanciscitur ist passivisch zu nehmen: 'wird erlangt?' Diesem Sprachgebrauche begegnen wir ausschließlich im Alt- und Spätlatein: siehe Landgraf Hist. Gramm. Bd. 3 S. 294. Hier haben wir an Spätlatein zu denken. Das iis läßt sich als Dativ wohl halten: 'für sie wird erlangt'. Es könnte aber auch abl. instr. sein: siehe darüber zu I, 115. 134.

7) Gajanisch: siehe zu II, 95.

8) Die Parallelstelle Gai. fr. 4 qui test. 28,1 hat animaduertere.

status sit; exceptis militibus, quibus[1]) propter nimiam ⟨inpe⟩ritiam, ut diximus[2]), quomodo[3]) uelint uel quomo⟨do poss⟩int, permittitur testamentum facere.

115. Non tamen, ut iure ciuili ⟨uale⟩at testamentum, sufficit ea obseruatio[4]), quam supra expo⟨s⟩uimus, de familiae uenditione et de testibus

et de nuncupationibus[5]).

116. Ante[6]) omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit. Nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita uenire testesque ita adhibere

aut nuncupare[7]) testamentum[8]),

ut supra diximus.

117. Solemnis autem institutio haec est: Titius[9]) heres esto. Sed et illa[10]) iam conprobata uidetur[11]): Titium heredem esse || iubeo. At illa non est conprobata: Titium heredem esse uolo; sed et illae a plerisque inpro- HS. S.

---

1) So Goeschen, HS. qui. Die letzte Silbe des voraufgehenden Wortes ist mithinüberzunehmen: siehe Bd. 1 S. 338.

2) nämlich II, 109.

3) Siehe zu I, 80 Bd. 1 S. 35 A. 1.

4) HS. obseruattio.

5) HS. nunccupationibus. Es fällt auf, daß de testibus in die Mitte geraten ist, zwischen de uenditione und de nuncupationibus. Anstößig ist ferner der Plural. An sich umfaßt die uenditio schon die nuncupatio. So ist denn wohl de nunccupationibus ein späterer Zusatz. Polenaar möchte weiter ausmerzen de familiae . . testibus.

6) Vor ante haben verschiedene Herausgeber Sed eingeschoben: siehe Dubois.

7) HS. nupare.

8) Hier ist zugleich das aut anstößig.

9) HS. Titus.

10) HS. illam.

11) Gajanisch: siehe zu II, 113. Die Vorlage hatte statt dessen vielleicht est entsprechend dem folgenden non est conprobata.

batae sunt: Titium[1]) heredem instituo[2]), item heredem facio.

118. Obseruandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela est faciat testamentum, tutore auctore[3]) facere debeat, alioquin inutiliter iure ciuili testabitur.

119. Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum uniuersorum possessionem[4]) pollicetur; si[5]) nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, uelut frater eodem patre natus aut patruus[6]) aut fratris filius. Ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam[7]) idem iuris est et si alia ex causa[8]) totum testamentum[9]) non ualeat, uelut quod fa-

1) HS. Ttitium.

2) HS. institutio.

3) So Bethmann-Hollweg. Dem entspräche tut. auct., daraus vermutlich hervorgegangen tut. auet = tutores habet der Ver. HS. Siehe Kr.

4) Die HS. hat hier drei blasse Buchstaben b u s. Ich ersetze s durch p und löse dann die drei Buchstaben b. u. p. in obiger Weise auf. Die bisherigen Herausgeber haben sich mit einfachem bonorum possessionem begnügt. Leist Forts. Bd. 1 S. 438 meint: 'Es wäre aber gar nicht auffallend, wenn hier Gajus einmal hereditatis possessionem geschrieben hätte'.

5) Vor si hat Goeschen et eingeschoben. Es ist mir aber fraglich, ob wir auf diese Weise dem Verständnis der Stelle näher kommen.

6) HS. patrus.

7) Dieses nam hat die gewöhnliche Bedeutung von 'denn'. Vgl. Kalb Wegweiser S. 121 Anm. 3.

8) HS. ex $\overline{sc}$.

9) to test, das an die Stelle von to testamentum getreten sein wird; und von testamentum war die letzte Silbe tum mit hinüber zu nehmen zum to. Die bisherigen Herausgeber streichen meistens to, Polenaar hält den Text für lückenhaft und nimmt Änderungen vor, Paul Krüger Mélanges Girard II, 38 erklärt das to als Folge einer Verwechslung von exc. und exsc. Es könnte aber auch umgekehrt diese Verwechslung gerade durch das folgende to veranlaßt sein.

milia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit.

120. Sed uideamus, an etiam si frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur[1]). Rescripto[2]) enim imperatoris Antonini significatur[3]): eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos, qui ab intestato uindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali. **121.** Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est. Item ad feminarum, quae ideo[4]) non utiliter testatae sunt, quod[5]) uerbi gratia familiam non uendiderint aut nuncupationis uerba locutae non sint.

122. An autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, uidebimus. Loquimur autem de his scilicet feminis quae non[6]) in legitima parentium[7]) aut patronorum tutela sunt[8]), sed de his[9]), quae alterius generis tutorem[10]) habent, qui etiam inuiti coguntur auctores fieri. Alioquin parentem et patronum[11]) sine auctoritate eius facto testamento non summoueri palam est[12]).

---

1) HS. habeant.

2) HS. Resscribto.

3) HS. Significat.

4) Gajanisch: siehe zu II, 81.

5) Kr. quia.

6) Huschke[4] hat dieses non hinter Loquimur autem versetzt.

7) Wegen der Form siehe Neue-Wagener Bd. 1[3] S. 405. Kr. parentum.

8) HS. s̄, eine ungewöhnliche Abkürzung.

9) Mommsen hat de his ausgemerzt.

10) Goeschen tutores.

11) HS. patronorum, wohl falsche Auflösung von patron.

12) Der Satz An autem . . palam est wird später nachgetragen sein. Dafür spricht zunächst ein äußerer Grund, daß er in der HS. einen besonderen Absatz bildet. Hinzu kommen verschiedene sprachliche Nachlässigkeiten: Stellung des non, bzw. das überflüssige de his,

123. Item qui filium in potestate habet curare debet[1]), ut eum uel heredem instituat uel
nominatim[2])
exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit inutiliter testabitur.

A d e o quidem u t[3]) n o s t r i p r a e c e p t o r e s[4]) existiment, etiamsi uiuo patre filius[5]) defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quod scilicet ⟨non ualet⟩[6]), q u i a[7]) s t a t i m a b i n i t i o[8]) non constiterit institutio. Sed d i u e r s a e s c h o l a e a u c t o r e s[9]), si quidem filius[10]) mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem[11]) adiri

---

tutorem statt tutores. Sodann die ungewöhnliche Abkürzung von sunt. Vor allem fällt auf, daß die gestellte Frage gar nicht richtig beantwortet wurde. Das uidere an ist schon bei Klassikern sehr gewöhnlich: V. J. R. I, 433. 434. Es folgt aber darauf eine Antwort, die bald kürzer bald länger ausfällt: siehe K a l b Wegweiser S. 87. Hier müssen wir uns die Bejahung hinzudenken, die dann im Loquimur-Satze eingeschränkt wird. Palam est mit dem Infinitiv wäre an sich gajanisch: Ktsgel. Gajus S. 61.

1) HS. debetur.

2) Wohl spätere Hinzufügung, da die Art der Enterbung erst §§ 127. 128 erörtert wird. So schon M o m m s e n.

3) Gajanisch: siehe zu I, 123.

4) Gajanisch: siehe zu I, 196.

5) HS. filious.

6) Diese Einschiebung scheint mir die einfachste Heilung zu sein. Das non ualet konnte um so leichter ausfallen, als scilicet am Ende einer Zeile steht. I. I. II, 13 pr. bringen quia scilicet ab initio. K r. quia scilicet statim. Andere streichen quod, P o l e n a a r quia.

7) Gajanisch: siehe zu II, 105.

8) Ob Gräzismus? Siehe Ktsg. Gaj. S. 59.

9) Gajanisch: siehe zu II, 79.

10) So G o e s c h e n, HS. fili statt fil.

11) HS. hdem = hereditadem statt hereditatem. Vgl. S e e l m a n n S. 309.

putant nullo iam filio impedimento[1]), *quia* scilicet existimant *statim ab initio* ⟨non⟩[2]) inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

124. Ceteras uero liberorum personas si praeterierit testator, ualet testamentum. Praeteritae[3]) istae personae scriptis heredibus in ‖ partem adcrescunt: si sui heredes sint, in uirilem; si extranei, in dimidiam. HS.

Id est si quis tres uerbi[4]) gratia filios[5]) heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres et ea *ratione*[6]) id[7]) consequitur, quod ab intestato patre m⟨o⟩rt⟨uo⟩ habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit

---

1) Ob Gräzismus? Vgl. Rtsg. Gaj. S. 59.

2) Das non möchte ich lieber hier einschieben, weil es dann am Ende einer Zeile ausgefallen wäre.

3) *Goeschen* regt die Frage an, ob nicht vielleicht zu lesen sei: ualet quidem testamentum; sed praeteritae. Er sieht aber gleichwohl von einer Textänderung ab, weil es bei Ulp. 22, 17 ebenfalls heiße: ualet testamentum, scriptis heredibus adcrescunt. Trotzdem hat Kr. wenigstens ein sed eingeschoben, *Huschke*[4] statt dessen quo, das S. u. K. dann ebenfalls mit sed vertauscht haben. Vom Standpunkte eines einheitlich gearbeiteten Lehrbuches aus könnte man sich ein solches sed schon gefallen lassen. Aber hatte die Vorlage des Gajus diese Beschaffenheit? *Ein* Rechtslehrer begnügte sich vielleicht damit, den mit Ceteras beginnenden Satz anzuhängen, ein zweiter fügte hinzu den mit Praeteritae beginnenden Satz, und Gajus mit dem Id est-Satz bringt dazu das erläuternde Beispiel.

4) HS. uerbis, hervorgegangen vielleicht aus einer Verwechslung von uerbi mit uerb. = uerbis. Es kommt hinzu, daß s vor g nicht gesprochen sein wird: *Seelmann* S. 315 flg.

5) HS. filius. Die Vokale ō und ŭ kamen sich in der Aussprache nahe: *Seelmann* S. 213.

6) Ratio ein Lieblingswort von Gajus. Siehe Rtsg. Gaj. S. 75. Ratio hat hier die Bedeutung von causa. Dieser Sprachgebrauch ist bei den römischen Rechtsgelehrten vor Gajus noch selten. Nach V. I. R. V, 11—14 findet er sich bei Celsus 1mal, bei Neratius 2mal, bei Pomponius 1mal, bei Julian 6mal, bei Africanus 3mal; dann kommt Gajus schon mit 36 Stellen in Betracht.

7) id in der Bedeutung von idem.

et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres [1]). Quae de filia diximus eadem et de nepote deque omnibus [2]) liberorum personis
seu masculini seu [3]) ⟨fe⟩minini sexus
dicta intellegemus [4]).

125. Quid ergo esto [5])? Licet hae [6]) secundum ea quae diximus scriptis [dimidiam partem modo] [7]) heredibus detrahant, tamen praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit [8]): qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur et efficiuntur sinere heredes. **126.** Et hoc iure uteb⟨amur, quas⟩i [9]) nihil inter feminas et masculos interesset. Sed nuper imperator Antoninus significauit rescripto suo [10]),

1) HS. heret, aber mit blassem t, das auch vielleicht ein s sein könnte.

2) d. h. abgesehen von den filii. Huschke S. K. schiebt ceteris hinter omnibus ein.

3) Das zweite seu gibt Studemund mit blaßem Buchstaben wieder, noch unsicherer ist das erstere seu. Wir finden aber dieselbe Verbindung schon I, 134. Uebrigens sind dies nach Zanzucchi die beiden einzigen Stellen, wo in den Institutionen des Gajus seu vorkommt. Und da seu = uel nach Kalb J. L. S. 82 ein Justinianismus, haben wir hier wohl nachgajanische Zutaten vor uns. Das seu fr. 24 mand. 17, 1 stammt nicht von Paulus, wie dessen sent. 2, 15 § 1 dartun. Und bei Paul. fr. 8 § 2 quod m. c. 4, 2 ist uir seu mulier nach Lenel n. 199 Glossem.

4) Gajanisch: siehe zu II, 107.

5) Die HS. bietet hinter est noch Raum für einen Buchstaben dar. So ist wohl esto zu lesen.

6) So Goeschen. HS. ae, Lachmann eae.

7) Die Worte dimidiam partem modo werden eine Randglosse sein, die an verkehrter Stelle in den Text geraten: vor heredibus statt hinter heredibus. Zudem ist sie gar nicht einmal genau, da bald die Hälfte, bald ein Kopfteil abgezogen wird. Huschke nimmt eine Umstellung vor: heredibus, dimidiam partem modo, Kr. streicht zudem modo.

8) HS. promittitur.

9) So einzuschalten schlägt Studemund vor.

10) Huschke suas.

non plus nanci⟨s⟩ci feminas per bonorum possessionem, quam quod[1]) iure adcrescendi consequerentur[2]). Quod in emancipatarum quoque persona[3]) obseruandum esset: nam ⟨quod emancipatae⟩[4]) adcrescendi iure habiturae essent[5]), si in pot⟨estate⟩ fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant[6]).

127. Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim ex⟨here⟩dari ⟨deb⟩et, alioquin non possiet[7]) exheredari.

Nominatim autem exheredari[8]) uidetur[9]), siue ita exhere ‖ detur ‘Titius filius meus exh⟨eres esto’, HS. 3 siue ita ‘filius meus⟩[10]) exheres esto’ non adiecto proprio nomine.

128. Ceterae uero liberorum personae vel feminini sexus vel masculini satis inter ceteros exheredantur: id

---

1) So Goeschen, während die Abkürzungen der HS. eher auf ein quodque hinweisen dürften.

2) HS. consequerent.

3) Polenaar personis.

4) Polenaar est, nam quod praeteritae; Kr.: est, ut hae quoque quod; Huschke: est ut, nimirum hae quoque quod.

5) HS. habituresse — habiture esse — habiturae esse. Sodann ist esse dem folgenden fuissent entsprechend zu gestalten.

6) Die §§ 125. 126 bilden in der HS. einen besonderen Absatz. Bemerkenswert ist die Frage Quid ergo esto? Solche Fragen mit Quid finden sich vielfach im Gajus von Autun. Auch ergo kommt hier häufig vor. Quid ergo zusammen ebenda § 5. Dazu mangelhaftes Latein: rescripto suo, emancipatarum . . persona. Im übrigen verweise ich auf Erkl. 22. 23.

7) Alte Form für possit. So kommt vor potesint = possint. Siehe zu I 146. Die bisherigen Herausgeber ändern: Polenaar prodest eum; Kr. uidetur.

8) HS. heredari. Ob vom voraufgehenden exheredari das ex mitherüberzunehmen?

9) Gajanisch: siehe zu II, 117.

10) So ergänzt von Goeschen auf Grund vom I. I. II 13. § 1.

est his ⟨uer⟩[1])b⟨is ‘ceteri mihi⟩[2]) omnes[3]) exheredes sunto’.

Quae ue⟩[4])rb⟨a saepe[5]) post in⟩stitutionem heredum adici solent[6]).

Sed hoc it⟨a est iure ciuili⟩[7]).

129. Nam[8]) praetor omnes uirilis sexus lib⟨erorum personas⟩[9]), id est nepotes quoque et pronepotes ⟨nominatim exheredari iubet, fe⟩m⟨inini uel nominatim uel inter ceteros exher⟩ eda⟨r⟩i ⟨possunt . .⟩[10]).

130. Postumi quoque liberi nominatim[11]) ⟨uel heredes insti⟩[12])tui debent uel exheredari. **131.** Et ideo[13]) par

---

1) Diese Ergänzung schlägt Studemund vor.

2) Das bloße is ceteri genügt nicht, da die HS. Raum für 11—12 Buchstaben darbietet. Auch scheint nach Studemund isi oder Aehnliches vor omne gestanden zu haben. Deshalb habe ich mihi hinzugefügt: vgl. Paul. fr. 19 de lib. 28. 2.

3) HS. omn$\overset{s}{\bar{e}}$. Das über ē = est stehende s hat das est wohl berichtigen sollen.

4) Ergänzung von Studemund.

5) Polenaar semper, Huschke statim.

6) Gajanisch: siehe zu II, 103.

7) So ergänzen Kr., Huschke, Polenaar, Dubois, Muirhead.

8) Wäre die voraufgehende Ergänzung richtig, so würde dieses Nam den Uebergang aus der Bedeutung ‘denn’ in die Bedeutung ‘aber’ veranschaulichen. Vgl. Kalb, Wegweiser S. 121 Anm. 4.

9) Ergänzung von Polenaar.

10) Vielleicht wäre noch hinzuzufügen si modo iis aliquid legetur: vgl. II, 134; Ulp. 22, 22. Lachmann ergänzt: ⟨nominatim exheredari iubet, fe⟩m⟨inini uero inter ceteros; qui nisi fuerint ita exher⟩edati, ⟨promittit eis contra tabulas bonorum possessionem.⟩ Mir ist aber zweifelhaft, ob an dieser Stelle der b. p. c. t. Erwähnung geschah.

11) Kr. streicht dieses Wort.

12) Zur Ergänzung der lückenhaft überlieferten §§ 130—134 hat bereits Goeschen herangezogen I. I. II, 13 §§ 1. 2.

13) Alle bisherigen Herausgeber setzen statt dessen in eo, das allerdings I. I. bringen.

omnium condi⟨cio est, quod et⟩[1]) filio p⟨ostumo et quolibet ex ceteris li⟩[2])beris siue ⟨feminini sexus siue ma-⟩ sculini praeterito ualet ⟨quidem testamentum, sed postea adgnatione postumi si⟩ue postumae rumpitur[3])

et ea ra⟨tione[4]) totum infir⟩matu⟨r. Eoq⟩[5])ue si mulier, ex qua ⟨postumus aut postu⟩ma sperabatur[6]), abor⟨tum fecerit, nihil impedimento est scriptis here⟩d⟨ibus ad hereditatem adeundam.

132. Sed feminini⟩ quidem sexus personae ⟨uel n⟩om⟨inatim solent[7]) uel in⟩[8])ter ceter⟨os exheredari, dum tamen[9]) si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne uideantur[10]) per obliuio-⟩ nem praeteritae ⟨esse; masculini uero sexus perso-⟩[11]) nas placuit[12]) non aliter recte[13]) ex⟨heredari, nisi nomi || natim[14]), hoc scilicet modo 'quicumque HS S.

---

1) Die HS. bietet Raum für etwa 10 Buchstaben, also hätte Platz: cio ē quod et. Das in vor filio, das I. I. haben, bliebe dann fort.

2) Die HS. bietet Raum für etwa 27 Buchstaben, so daß wir das in vor quolibet ebenfalls entbehren können.

3) HS. rumpit.

4) Gajanisch: siehe zu II, 124.

5) I. I. haben ideoque, die Lücke bietet aber nur Raum für 4 Buchstaben.

6) HS. sperabat.

7) Gajanisch: siehe zu II, 128.

8) I. I. bringen folgende Wortstellung: nominatim uel inter ceteros exheredari solebant. Aber durch inatim uel in wird die Lücke nicht ausgefüllt; deshalb ist das in solent zu verwandelnde solebant mit Polenaar schon vorwegzunehmen. Was übrig bleibt, reicht vollständig aus, um die folgende Lücke auszufüllen; und müßte sogar zum Teil mit Abkürzungen geschrieben gewesen sein.

9) Vgl. zu II, 88 Bd. 2 Abt. 1 S. 35 Anm. 6.

10) Gajanisch: siehe zu II, 127.

11) I. I. masculos uero postumos.

12) Gajanisch: siehe zu II, 92.

13) Gajanisch: siehe zu II, 109.

14) Das exheredentur in I. I. hinter nominatim habe ich gestrichen, weil es dafür an Raum fehlt.

mihi filius genitus fuerit, exh⟩eres esto'. **132a.** ⟨Item parens omnes heredes instituere⟩ potest uel ⟨exheredare, qui sui heredes futuri erunt post⟩ fa⟨ctum testamentum, etiamsi parente uiuo nascentur⟩[1]). —

— — — — — — — — — — — — — — —

133. ⟨Postumorum autem loco sunt et hi, qui in sui heredis locum succedendo quasi[2]) agnascendo fiunt parenti⟩[3])bus sui heredes: ut ecce[4]) si filium et ⟨ex eo nepotem ne⟩ptem⟨ue in⟩ po⟨testate habeam, quia[5]) filius gradu praecedit, is solus iura sui heredis habet, quamuis nepos quo⟩que et neptis e⟨x eo in eadem potestate sint; sed si filius meus me uiuo moriatur, aut qualibet alia ratione[6]) exeat de potestate mea, incipit nepos neptisue in eius locum succedere et⟩ eo modo iura suorum h⟨eredum quasi adgnatio⟩ne nanciscuntur. **134.** Ne ergo eo modo rumpatur mihi testa⟨mentum, sicut ipsum filium vel heredem in⟩stituere uel exheredare debeo, ne non ⟨iure faciam testamentum, ita et ne⟩potem neptemue [7]) ex eo necesse est mihi uel ⟨heredem instituere uel exheredare, ne forte, uiuo me[8]) filio mortuo, succedendo in locum eius

1) So habe ich ergänzt auf Grund von epit. II, 3 § 2 und in Anlehnung an die lex Iunia Vellaea vom Jahre 28 n. Chr. Siehe wegen der letzteren Bruns-Gr. fontes⁷ n. 24 S. 116. Diese Ergänzung würde hineinreichen in die fünfte Zeile. Der § 133 wird begonnen haben mit der zehnten Zeile. Dazwischen ist nur gelesen: Zle. 7 Buchstabe 3 ein e, Zle. 8 zu Anfang agat, Zle. 9 zu Anfang no.

2) Gajanisch: siehe zu II, 39.

3) Die §§ 133. 134, soweit lückenhaft überliefert, sind wieder zu ergänzen auf Grund von I. I. II, 13 § 2.

4) Gajanisch: siehe Kalb R. J. S. 85.

5) Gajanisch: siehe zu II, 123.

6) Gajanisch: siehe zu II, 131.

7) HS. uel neptemue.

8) l. I. uiuo eo. Die bisherigen Herausgeber setzen me uiuo vgl. indes Scaeu. fr. 29 pr. de lib 28, 2: uiuo me.

nepos neptisue) ‖ quasi[1]) adgnatione rumpat testamentum. Idque lege[2]) Iunia Vellaea[3]) prouisum est: in qua simul exheredationis modus notatur, ut uirilis sexus[4]) nominatim, feminini uel nominatim uel inter ceteros exheredentur, dum tamen[5]) iis, qui inter ceteros exheredantur, aliquid legetur. HS. S.

135. Mancipatos[6]) liberos iure ciuili neque heredes instituere neque exheredare necesse est,

quia[7]) non sunt sui heredes.

Sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet:

uirilis sexus nominatim[8]), feminini uel[9]) nominatim uel inter ceteros[10]).

Quodsi neque heredes instituti fuerint neque ita, ut supra diximus, exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem. **135a.** In potestate patris non sunt, qui cum eo ciuitate Romana donati

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 133.

2) HS. legem.

3) HS. Vellea.

4) Kr. schiebt postumi ein. Das ist um so mehr zu beanstanden, als die in der lex Iunia Vellaea berücksichtigten Nachgebornen hier gar nicht als postumi bezeichnet werden.

5) Wohl Gesetzesausdruck: siehe zu II, 132.

6) I. I. II, 13 § 3 setzen Emancipatos und demgemäß ändern Kr., Huschke, Muirhead. Es wird dagegen gehalten von Polenaar und Dubois. Ulp. 22, 23 bringt denselben Rechtssatz mit Mancipatos. Hier hat es schon Cujacius verteidigt unter Berufung auf Plin. ep. 4, 2 § 2. Vielleicht war mancipatos gar Ediktsausdruck.

7) Gajanisch: siehe zu II, 133.

8) HS. nonominatim.

9) So Kr. Die meisten Herausgeber setzen uero mit I. I. Auch Lenel Ed. ² S. 331 Anm. 9. Dagegen mit Recht Partsch Z. R. G. Bd. 44 S. 423.

10) Da mit dem gleich folgenden ut supra diximus auf § 129 verwiesen wird, ist der ganze Satz uirilis . . . ceteros nur störend und wird spätere Zutat sein.

sint[1]) nec in accipienda ciuitate Romana pater petet[2]) statim[3]) a principe[4]), ut eos in potestate haberet[5]); aut si petit[6]), non impetrauit. Nam qui in[7]) potestatem[8]) patris ab imperatore rediguntur, nihil differunt (a n)atis suis.[9]) **136.** Item adoptini fili, quamdiu manent in adoptionem[10]), naturalium loco sunt; emancipati uero patre[11]) adoptiuo neque iure ciuili neque quod ad edictum praetoris pertinet, inter liberos numerantur.

137. Qua r a t i o n e[12]) accidit, ut ex d i u e r s o[13]) quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiua familia, extraneorum numero habeantur; si uero emancipati fuerint ab adoptiuo patre, tunc incipiant || in ea causa esse, HS. S. 89

1) Das sint enthält meines Erachtens einen konzessiven Gedanken: die beschenkt sein mögen, obwohl sie beschenkt sind. Kr. und Huschke ändern in sunt.

2) Bluhme hat gelesen et und davor einen undeutlichen Buchstaben, der vielleicht ein p war. So erhielten wir pet statt petet. Jedenfalls verlangt das folgende aut si petit ein voraufgehendes petere. Polenaar petierit, Kr. und Huschke petiit.

3) Studemund hat gelesen nistati oder Aehnliches.

4) So Polenaar und Huschke S. K.; HS. ap.

5) HS. habere: siehe Bd. 1 S. 336. Bd. 2 Abt. 1 S. 294.

6) petit = petiit vgl. Neue-Wagener Bd. 3³ S. 447.

7) HS. undeutlich qui statt qin = qui in.

8) HS. potum, falsche Auflösung von pot.: siehe Stud. apogr. Ste. 288 Zle. 1.

9) HS. athi suii statt atis suis. Jedenfalls bedarf das differunt einer Beziehnung zu nati sui. Huschke S. K.: ab his qui ita nati sunt.

10) Goeschen adoptione.

11) I. I. II, 13 § 4 bringen a patre. Demgemäß hat schon Goeschen geändert, dem alle bisherigen Herausgeber gefolgt sind. Huschke bemerkt indes, daß patri richtiger wäre. In der Tat ist der Dativ vorzuziehen. Deshalb bedarf es aber keiner Aenderung; wir haben hier eine Dativform auf e: siehe Neue-Wagener Bd. 3³, S. 297.

12) Gajanisch: siehe zu II, 133.

13) Gajanisch: siehe zu II, 63.

qua futuri essent, si ab ipso naturali patre fuissent [1]).

138. Si quis poste [2]) factum testamentum adoptauerit sibi filium, aut per populum eum qui sui iuris est aut per praetorem [3]) eum qui in potestate parentis fuerit, omnimodo testamentum eius rumpitur

quasi [4]) agnatione sui heredis.

139. Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manu [5]) conueniat, uel quae in manu fuit nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi suai [6]).

---

1) Zu ergänzen ist das voraufgehende emancipati, das I. 1. vor fuissent einschieben; ebenso verfahren die bisherigen Herausgeber.

2) HS. potest, vermutlich hervorgegangen aus einem poste. Siehe wegen der Form Georges, Lex. der lat. Wortformen Sp. 543. Umgekehrt hat die HS. I, 114 poste statt potest.

3) Der Prätor weist uns hin auf die Zeit der Republik: vgl. Bd. 1 S. 172.

4) Gajanisch: siehe zu II, 134.

5) Ob man nötig hat, manum zu schreiben? Vielleicht ist in manu prägnant zu nehmen: sie kommt in die Manus und bleibt darin. Jedenfalls wird in auf die Frage wohin? sehr häufig mit dem Ablativ verbunden: siehe Handii Tursellinus Bd. 3 S. 292 flg.

6) HS. suài das wäre suai geändert in sui. In bezug auf diese Punkte bemerkt Stud. apogr. pag. XXIX: et passim delendis litteris puncta plerumque recte, rarius falso superscripsit. Meines Erachtens ist suai zu halten: siehe Rtsg. Gaj. S. 100. Zu suai = suae ist zu ergänzen loco. Bei einer manus unter Ehegatten ist das filiae loco esse schon von selber gegeben: siehe Bd. 1 S. 183. Die Frau wird sua und wirft als solche ein Testament um. Was das quasi vor suai anbetrefft, so verrät zwar Gajus eine gewisse Vorliebe für quasi: siehe Rechtsgel. Gaj. S. 62. Darum wird ihm aber nicht jedes quasi zu überweisen sein. Insonderheit liebt es Gajus, quasi in der Bedeutung von gleichsam zu verwenden und verschiedenartige Begriffe auf diese Weise zu verbinden. So verdanken wir Gajus den Quasicontrakt und das Quasidelikt. Vgl. lib. tertio aur. fr. 5 § 1 de obl. et act. 44, 7: quasi ex contractu teneri; ebenda § 4: quasi ex maleficio teneri. Ebenso wird quasi agnatione II, 138 wie II, 134 dem Gajus zuzuschreiben sein. Dies ist aber zugleich ein altertümlicher Sprachgebrauch des quasi, den wir z. B. antreffen Bruns-Gr. font.[7]

140. Nec prodest siue [1]) haec siue ille qui adoptatus est in eo testamento sit institutus institutaue.

Nam [2]) de exheredatione eius superuacuum [3]) u i d e t u r [4]) q u a e r e r e [5]), cum testamenti faciundi tempore suorum heredum numero non fuerint [6]).

141. Filius quoque qui ex prima secundaue mancipatione manumittitur, quia reuertitur in potestatem patriam, rumpit [7]) aute factum testamentum nec prode est, in eo testamento heres institutus uel exheredatus fuerit [8]).

142. Simile ius o l i m [9]) fuit in eius persona, cuius ex senatusconsulto erroris causa [10]) pro-

---

n. 11. lex agr. l. 27: de eo agro siremps lex esto, quansei is ager. Vgl. K a l b, Wegweiser S. 118. Und so wird auch das quasi neben dem altertümlichen suai aufzufassen sein.

1) So G o e s c h e n. HS. prodest|ue. Vielleicht ist das blasse t als i aufzufassen oder aus einem i hervorgegangen.

2) Eine Art Brachylogie: um so mehr trifft dies zu für die exheredatio. Siehe S c h m a l z Synt. [3] S. 348.

3) HS. superbacum.

4) Gajanisch: siehe zu II, 132.

5) Gajanisch: siehe zu II, 114.

6) G o e s c h e n fuerit.

7) HS. rumpitur.

8) Den in § 141 enthaltenen Satz bringt auch Ulp. 23, 3. Bei Gajus dürfte er nachgetragen sein, vielleicht aus Ulpian: vgl. Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 55 S. 284. Der Paragraph bildet in der HS. einen besonderen Absatz. Mit Aufzählung der Fälle schloß bereits ab das nec prodest in § 140. Dem Falle des § 141 wird ein neuer Abschluß hinzugefügt, und zwar mit prode est, das schon L a c h m a n n als Vulgärlatein gekennzeichnet hat. Bemerkenswert ist in potestatem patriam. Sonst heißt es bei Gajus bezw. in dessen Vorlage stets potestas patris, statt patris auch wohl parentis und parentum. Im übrigen finde ich zwar Belege für patria potestas bei Pap. fr. 40 de adm. tut. 26, 7; Marcianus fr. 5 de lege Pomp. de parr. 48, 9; Ulp. fr. 3 § 5 de lib. exh. 43, 30: aber keinen für potestas patria. Endlich ist zu beachten der bloße Konjunktiv fuerit statt si . . fuerit.

9) Gajanisch: siehe zu II, 105.

10) Regelmäßig pflegt causa, wenn es als bewegliches Substantiv gebraucht wird, seinem Genetiv vorausgestellt zu werden: vgl.

batur [1]: quia [2]) forte ex peregrina uel Latina, quae per errorem quasi [3]) ciuis Romana uxor ducta esset, natus esset. Nam siue heres institutus esset a parente [4]) siue exheredatus, siue uiuo patre causa probatur [5]) siue post mortem eius: omnimodo quasi adgna || tione rumpebat testamentum. HS. S.

143. Nunc [6]) uero ex nouo senatusconsulto, quod auctore diuo Hadriano [7]) factum est, si quidem uiuo patre causa probatur, aeque ut olim [8]) omnimodo rumpit testamentum; si uero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si uero heres in eo scriptus [9]) est uel exheredatus, non rumpit testamentum, ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo [10]) tempore, quo renocari non possent [11]).

144. Posteriore quoque testamento, quod iure facturum [12]) est, superius rumpitur.

Nec interest [13]), an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit; hoc enim solum spec-

---

Kalb, Arch. f. l. Lexikogr. Bd. 1 S. 86; Wegweiser S. 66. Ob man deshalb eine Umstellung vornehmen soll? Schließlich könnte man erroris auch ganz entbehren.

1) HS. puat., das der Regel zufolge aufzulösen und zu setzen wäre = probatum.

2) Gajanisch: siehe zu II, 135.

3) Gajanisch: siehe zu II, 139.

4) HS. pare|te.

5) HS. probat, das doch wohl für probatur zu nehmen. Goeschen setzt probata.

6) Gajanisch: siehe zu II, 103.

7) Gajanisch: siehe zu II, 112c.

8) Gajanisch: siehe zu II, 142.

9) HS. eos scriptus.

10) HS. eos tempore. Sonst fällt s wohl aus vor t: Seelmann S. 315. Hier hat sich umgekehrt vor t ein überflüssiges s eingestellt.

11) Wegen der consecutio temporum siehe Kalb, Wegweiser S. 76.

12) d. h. welches errichtet sein wird. Goeschen setzt factum.

13) Gajanisch: siehe zu I, 136.

tatur, an existere potuerit. Ideoque[1]) si quis ex posteriore testamento, quod iure factum est, aut noluerit heres esse; aut uiuo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit; aut per certionem[2]) exclusus fuerit; aut condicione, sub qua heres institutus[3]) est, defectus sit; aut proptor caelibatum ex legei[4]) Iulia[5]) summotus fuerit ab hereditate — quibus casibus paterfamilias intestatus moritur — nam et prius testamentum non ualet ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas uires habet, cum ex eo nemo heres extiterit[6]).

145. Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur[7]), uelut[8]) is qui fecerit testamentum (kapite dimi-

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 81.

2) HS. ceptionem, das aus einem certionem hervorgegangen sein wird. Die meisten Herausgeber bringen cretionem. Indessen solche Umstellungen des r sind nicht selten: Seelmann S. 330. So sagte man Trasumenus und Tarsumenus. Ferner kommt sowohl certus wie creui, cretum von cernere,

3) HS. istitutus.

4) Alter Ablativ wie uirtutei.

5) Auch die Bezugnahme auf die lex Iulia gibt einen Anhalt für Gajus: siehe zu II, 111

6) Wir haben hier eine Art von Anakoluth vor uns. Es hätte auf hereditate folgen sollen et prius testamentum non ualet usw. Statt dessen wird zunächst eingeschoben quibus casibus . . moritur; und die Fortsetzung zugleich mit dieser Parenthese in Verbindung gebracht: nam et usw. Vgl. zu I, 76 und Rechtsgel. Gaj. S. 53. Eine Textänderung ist danach wohl kaum geboten. I. I. II, 17 § 2 bringen in his casibus statt quibus. Ihnen schließt sich an Goeschen, während Lachmann quibus casibus halten möchte, unter Hinweis auf III, 72. Polenaar schaltet tum quoque hinter Ideoque ein. Von Huschke S. K. wird nam beanstandet.

7) HS. infirmatur.

8) I. I. II, 17 § 4 ueluti cum. Demgemäß wird von den bisherigen Herausgebern meistens ein cum oder si eingeschoben. Indessen uelut ohne si oder cum findet sich öfter bei Livius, z. B. 2, 36 § 1 und

nutus uel ea quae fecerit testamentum) kapite diminuta[1]) sit:

quod quibus modis accidat, primo commentario[2]) relatum est[3]). **146.** Hoc autem casu in || rita[4]) fieri HS. S testamenta dicemus, cum alioquin et quae rumpuntur[5]) inrita fiant, (et quae statim ab initio[6]) non iure fiunt, inrita sint. Sed et ea quae iure facta sunt, et postea propter kapitis diminutionem inrita fiant)[7]) possent[8]) nihilominus rupta dici.

Sed quia sane commodius erat[9]) singulas causas singulis appellationibus distingui: ideo quaedam non iure fieri dicuntur, quaedam iure facta rumpi uel inrita fieri.

147. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae uel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea inrita[10]) facta aut[11])

---

bei sonstigen Schriftstellern der silbernen Latinität: vgl. Tursellinus, herausgegeben 1719 von Schwartz, S. 1059; Schmalz, Lat. Synt.[8] S. 421.

1) Das k d a der HS. wird sich nur auflösen lassen in kapite diminuta. Demgemäß ist, wie geschehen, zu ergänzen.

2) Gajanisch: siehe zu II, 23.

3) Vgl. I. 159—162.

4) Gajanisch: siehe Rtsgel. Gaj. S. 29.

5) HS. rumpunt.

6) Gajanisch: siehe zu II, 123.

7) Die Ergänzung hat schon Goeschen vorgenommen auf Grund von I. I. II, 17 § 5. Nur habe ich am Schlusse fiant für fiunt gesetzt.

8) HS. posset. Die bisherigen Herausgeber schreiben possumus in Anlehnung an das possumus von I. I. Aber mit possent sollte wohl nur eine entfernte Möglichkeit angedeutet werden: es könnte so sein, ist aber nicht so.

9) Das erat dürfte auf einen Nachgajaner hinweisen, der den Sprachgebrauch bereits als feststehend voraussetzte, während Gajus ihn erst befürwortete. Von wissenschaftlicher Tragweite ist die Bemerkung jedenfalls nicht.

10) Gajanisch: siehe zu II, 146.

11) HS. factaut = facta aut.

rupta sunt. Nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres (secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et ciuis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. Nam si

ideo inritum factum iure ciuili testamentum quod puta[1]) ciuitatem uel etiam libertatem testator amisit, ueluti si in[2])(census ex forma censuali uenire iussus est, aut qui in)[3]) adoptionem se dedit mortis tempore in adoptiui patris potestate fuit: non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere[4]).

148. (Qui autem) secundum tabulas testamenti, quae
aut statim ab initio[5])
non iure factae sint aut iure factae postea ruptae[6])
uel inritae[7])

---

1) HS. fic· tem = factum iure ciuili testamentum. Dagegen heißt es I. I. II, 17 § 6 factum sit testamentum, dem sich die bisherigen Herausgeber anschließen. Meines Erachtens ist das Ausgerückte nachgajanische Zutat. Dafür spricht schon die Verbalellipse, die freilich die Kompilatoren Justinians dadurch beseitigt haben, daß sie i c durch sit ersetzten. Der Nachgajaner wollte hier ferner das inritum anbringen. Auf alle Fälle sind das alleinstehende f = factum und tem. = testamentum ungewöhnliche Abkürzungen.

2) HS. uuthisin = ueluti si in.

3) Das ueluti si weist meines Erachtens darauf hin, daß wenigstens ein Beispiel ausgefallen sein muß. I, 160 werden für den Verlust des Bürgerrechts und der Freiheit drei Beispiele beigebracht. Dagegen fahren I. I. nach amisit fort: aut quia in adoptionem se dedit et mortis tempore. Dem schließen sich mehr oder weniger die bisherigen Herausgeber an. Meines Erachtens haben die Kompilatoren Justinians schon einen ähnlich fehlerhaften Text, wie ihn die Veroneser HS. darbietet, vorgefunden und nach ihrem Belieben umgeändert.

4) HS. pete. Ebenso 220, 4 = IV, 82 age statt agere; Bruns Gr. font[7] n. 112 lex met. Vip. Zle. 16 cape statt capere; Paul. fr. 65 § 15 pro soc. 17, 2 recede für recedere.

5) Gajanisch: siehe zu II, 146.

6) HS. nuptae. Auch sonst tritt n an die Stelle von r: Stolz Hist. Gramm. Bd. 1 S. 239.

7) Gajanisch: siehe zu II, 147.

erunt, bonorum possessionem accipiunt[1]: si modo possunt hereditatem optinere, habebunt bonorum possessionem cum re: si uero ab his auocari hereditas potest, habebunt possessionem sine re.

149. Nam si quis heres iure ciuili institutus sit uel ex primo uel ex posteriore testamento, uel ab intestato iure legitimo heres sit: is potest ab his[2]) hereditatem auocare. Si uero nemo ‖ sit alius iure ciuili heres, ipsi HS. S
retinere hereditatem possunt, nec ullum ius aduersus eos habent cognati, ⟨qui⟩[3]) legitimo iure deficiuntur.

149a. Alio[4])⟨quin heres. sicuti su⟩[5]) pra[6]) quoque notauimus, etiam legitimus quoque ⟨re⟩p⟨ellitur⟩[7]). Potiores scribiti habentur uel⟨uti⟩[8]) si ideo non ⟨iure⟩[9]) factum sit testamentum, quod familia non uenierit aut nuncu-

---

1) Das accipiunt läßt sich nur in Beziehung setzen zum voraufgehenden scriptus heres. Wie erklärt sich aber der Plural? Sollen wir etwa dem Zusammenhange ein scripti heredes entnehmen? Solche Ellipsen des Subjektes, Substantivs, kommen vor: siehe C. F. W. Müller Hist. Gramm. Supplement S. 1; Kühner-Stegmann, Gr. der lat. Spr. Bd. 2^2 Tl. 1 S. 5f. Ob auch in der Rechtsliteratur? Goeschen hatte vor Secundum eingeschaltet Qui autem. Lachmann fügte statt dessen vor b. p. accipiunt ein qui ein. Huschke S. K. ist wieder zum Qui autem von Goeschen zurückgekehrt. Und dabei werden wir uns wohl beruhigen können. Kr. hat statt dessen Itaque qui.

2) HS. is. Goeschen iis. Näher dürfte his liegen, weil es schon § 148 mit auocari verbunden wird.

3) Einschaltung von Studemund.

4) HS. aliqo, worauf vielleicht quin folgte. Also aliqoquin = alioquin, wie I 141 aliquoquin = alioquin.

5) Studemund ergänzt tamen sicuti su.

6) Kr. und Huschke Aliquando tamen sicut supra. Allein aliquando wäre sachlich kaum richtig, da der legitimus heres, d. i. der Agnat, nach II, 120 stets mittelst Einrede zurückgewiesen werden kann.

7) Kr. und Huschke bringen statt dessen heredibus, indem sie zugleich legitimus in legitimis verwandeln.

8) Ergänzung von Studemund.

9) Ergänzung von Studemund.

pationis uerba testator locutus non sit. ⟨Etenim⟩ cum adgnati[1]) petant hereditatem ⟨per exceptionem doli mali⟩[2]) ex con⟨stitutione imperatoris Antonini summo⟩[3])ueri potest[4]).

150. Nec hic lex[5]) Iulia ca⟨ducaria locum habet, si bonorum⟩ possessores heredem[6]) per ex⟨ceptionem doli mali repellebant. Nam e⟩a lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo ⟨heres uel bonorum possessor existat⟩[7])[8]).

151. Potest[9]), ut iure facta testamenta ⟨contraria uoluntate⟩[10]) infirmentur[11]).

Apparet non poss⟨e⟩ e⟨x eo so⟩lo i⟨nfirma⟩ri[12]) testamenum, quod postea testator id noluerit ualere:

usque adeo, ut[13]) si linum eius inciderit, nihilo minus iure ciuili ualeat; quin etiam si deleuerit

---

1) Der dritte Buchstabe, ein blasses o oder e oder c, ist schon von Kr. und Huschke durch ein g ersetzt.

2) Ergänzung von Huschke.

3) Ergänzung von Huschke.

4) Verdächtig ist mir die Form scribiti; ferner die Gleichgültigkeit gegen den Numerus: petant . . potest. Auch ist der ganze Satz nur eine Ausführung des supra notauimus.

5) HS. undeutlich: n·criele. Kr. namque lege, vertauscht dann aber namque mit sane.

6) HS. vielleicht em. Das wäre die alte Form für eum, die sich aber, abgesehen von den Zwölftafeln, sonst nur noch bei Cato findet: Neue-Wagener Bd. 2³ S. 380. Auch ist das e undeutlich überliefert. Vielleicht ist zu setzen hm = heredem oder em zu nehmen = hem = heredem.

7) So ergänzt Kr. Zur Sache vergleiche Ulp. 28, 7.

8) Die lex Iulia caducaria war ein Bestandteil der lex Iulia de maritandis ordinibus. Wie Gajus anderswo aus dieser nachgetragen hat — siehe II, 111. 144 — könnte das auch hier geschehen sein.

9) Zu ergänzen fieri. Die Auslassung ist allerdings ungewöhnlich. Der ganze Satz ist wohl als Ueberschrift aufzufassen.

10) So Paul Krüger Kr. Versuche S. 13.

11) HS. infirmetur.

12) Vgl. I. I. II, 17 § 7.

13) Gajanisch: siehe zu II, 123.

quoque aut conbusserit plene [1]) tabulas testamenti: nam [2]) ideo [3]) minus desinent ualere ⟨quae⟩ [4]) ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio diff⟨icilis⟩ [5]) sit.

151 a. Quid ergo est? Si quis ab intestato bonorum possessionem petieri⟨t, eum⟩ [6]) qui ex eo testamento heres, cum petat h⟨ereditatem, per⟩ doli ⟨mali exceptionem p⟩o⟨test summo⟩uere [7]), si m⟨odo ea mens testatoris fuisse probetur, ut ad eos, qui ab intestato uocantur⟩ [8]), || perueniat hereditas: et hoc ita scripto Hs. S. 9 imperatoris Antonini significatur [9]).

⟨De heredum qualitate et differentia⟩ [10]).

152. Heredes autem aut necessari dicuntur aut sui et necessari aut extranei. **153.** Necessarius heres est seruus [11]) cum libertate heres institutus.

Ideo [12]) sic appellatus, quia [13]) siue uelit siue nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est. **154.** Unde [14]) qui facultates suas suspe-

---

1) Hs. conbuis ple. Statt des undeutlichen i könnten wir es aber auch mit einem s zu tun haben. Dann bekämen wir conbuss, wozu aus dem vorhergehenden deleuerit ein erit hinüberzunehmen wäre. Das folgende ple ergänze ich zu plene.

2) Hs. n. Huschke non ideo magis. Kr. nihilo minus non.

3) Gajanisch: siehe zu II, 144.

4) Am Ende einer Zeile ausgefallen.

5) Ergänzung von Studemund.

6) Kr. und Huschke et is statt eum.

7) Huschke: heres est, petat hereditatem, potest eum per exceptionem doli mali repellere.

8) Ergänzung von Huschke.

9) Im übrigen verweise ich wegen dieser Stelle auf Erklärung 38.

10) So hat Böcking die leere Zeile ausgefüllt in Anlehnung an I. I. II, 19.

11) Hs. serbū = serbum = seruum.

12) Gajanisch: siehe zu II, 151.

13) Gajanisch: siehe zu II, 142.

14) Gajanisch: siehe zu II, 106. Richtiger wäre es wohl gewesen, wenn Gajus diesen mit Unde angeschlossenen Satz erst bei III, 77 f. eingeschaltet hätte.

ctas habet, s o l e t [1]) seruum suum primo aut secundo uel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona ueneant [2]), id est ut ignominia, quae accedit ex uenditione bonorum hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat. Quamquam apud Fufidium [3]) S a b i n o [4]) p l a c e a t [5]) eximendum eum esse ignominia, q u i a [6]) non suo uitio sed necessitate iuris bonorum uenditionem pateretur: sed alio iure utimur.

155. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea quae post mortem patroni sibi adquisierit, siue ante bonorum uenditionem siue postea, ipsi reseruentur. Et quamuis pro portione [7]) bona uenierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non uenient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum: || ueluti si ⟨Latinus a testatore manumissus HS. S. 94
decesserit et heres ex eo, quod⟩ [8]) Latinus adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum, quorum bona uenierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona uenieri solent [9]).

---

1) Gajaniſch: ſiehe zu II, 132.

2) HS. ueneantur.

3) Siehe über denſelben Bremer, Jurispr. Antehadr. III S. 195; Kipp, Quellen³ S. 122.

4) Gajaniſch: ſiehe II, 79.

5) Gajaniſch: ſiehe zu II, 132. Bemerkenswert iſt auch der Konjunktiv neben quamquam: vgl. Kalb, Wegweiſer S. 112.

6) Gajaniſch: ſiehe zu II, 153.

7) So ſtatt des handſchriftlichen propter contractione ſchon Heiſe und Lachmann.

8) So ungefähr würde meines Erachtens das Beiſpiel zu geſtalten ſein. Andere Vorſchläge ſiehe bei Dubois. Lachmann glaubt ohne alle Textänderung bzw. Einſchaltung fertig werden zu können: man müſſe nur dem einen si ein zweites für factus sit entnehmen.

9) Auf nachgajaniſchen Urſprung weiſen hin uenient ſtatt uenibunt und uenieri ſtatt uenire. Wegen des Futurums uenient

156. Sui autem ut[1]) necessari heredes sunt: uelut filius filiaue, nepos neptisue ex filio, deinceps[2]) ceteri[3]) qui modo in potestate morientis fuerunt.

Sed[4]) uti nepos neptisue suus[5]) heres sit, non sufficit eum in potestate aui mortis tempore fuisse; sed opus est, ut pater quoque eius uiuo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione[6]) liberatus potestate: tum enim nepos neptisue in locum sui patris succedunt.

157. Sed sui quidem heredes ideo[7]) appellantur, quia[8]) domestici[9]) heredes sunt et uiuo quoque parente quodammodo[10]) domini existimantur[11]).

ſiehe Neue-Wagener Bd. 3[3] S. 326f. Begegnet ſind wir ſchon bei einem Nachgajaner I, 111 transiebat und I, 160 ueniri. Den ſprachlichen Gründen geſellen ſich ſachliche hinzu: ſiehe Erkl. 39.

1) Die sui befinden ſich in derſelben Lage wie die necessari. Ob man nötig hat, das handſchriftliche ut mit I. I. II, 19 § 2 durch et zu erſetzen? Dem Gajaniſchen Latein würde etwa entſprechen: Sui autem sicut necessarii heredes uidentur, vgl. II, 161.

2) Kr., Huſchke, Girard ſchreiben mit I. I. et deinceps. Allerdings iſt et denique Gajaniſcher Sprachgebrauch: Rtsgel. Gaj. S. 59. Auch finden wir et deinceps, das wohl Gajaniſch ſein wird, II, 174. 176, III 2. Hier könnte Gajus dies einfache deinceps ſo aus ſeiner Vorlage herübergenommen haben.

3) HS. ceri.

4) HS. S', großes S innerhalb einer Zeile ſtatt eines Abſatzes: ſiehe Bd. 1 S. XII.

5) HS. suos.

6) Gajaniſch: ſiehe zu II, 137.

7) Gajaniſch: ſiehe zu II, 153.

8) Gajaniſch: ſiehe zu II, 154.

9) HS. domnestici.

10) HS. quodadmodo.

11) Existimantur mit Ergänzung von esse iſt nur ein etwas vollerer Ausdruck für sunt, vgl. über dieſen Sprachgebrauch G. Thon Rhein. Muſeum Bd. 4 S. 129 Anm. 58. Gajus bedient ſich zu ſolchem Zwecke meiſtens der Worte uideri und intellegere.

Unde[1]) etiam si quis intestatus[2]) mortuus[3]) sit, prima causa est in successione liberorum.

Necessarii uero ideo dicuntur, quia omni modo uelintue ⟨nolintue⟩[4]) ab intestato quam ex testamento[5]) heredes fiunt.

158. Sed his praetor permittit abstinere se ab heredi⟨tate⟩[6]), ut potius parentis bona ueneant.

159. Idem iuris est et ⟨in⟩[7]) uxoris persona quae in manu est, quia filiae loco est; et in nuru, quae in manu filii est, quia neptis loco est[8]). **160.** Quin etiam similiter abstinendi potest|a- HS. S. 95
tem[9]) facit praetor etiam ei, qui in causa [id est mancipato][10]) mancipi est, cum liber et heres institutus sit, cum necessarius non etiam suus heres sit tamquam seruus[11]).

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 154.

2) Das doppelt geschriebene si quis intestatus ist in der HS. einmal getilgt.

3) HS. mortus.

4) Das uelintue weist hin auf ein ausgefallenes nolintue. Ein solches ue . . ue ist ungewöhnlich. Kühner, Ausf. Gr. der lat. Spr. Bd. 2 S. 713 überweist es der Dichtersprache. Außerdem fehlt zum quam das tam, was auch nicht allzu häufig: siehe Kühner S. 968. Das bedenkliche Latein wird wohl von einem Nachgajaner herrühren. I. I. II, 19 § 2 haben es verbessert in: siue uelint siue nolint tam.

5) HS. testat m̊ wohl statt testa m̊t, jedenfalls eine ungewöhnliche Abkürzung.

6) Am Ende der Zeile ist tate ausgefallen.

7) Ergänzung von Goeschen.

8) § 159 könnte nachgebildet sein III, 3; hätte aber hingehört zu § 156.

9) HS. p' tat̄ = post autem: p' = post statt potes; at̄ = autem statt at = atem.

10) Das id est mancipato ist augenscheinlich eine Randbemerkung, die an verkehrter Stelle in den Text geraten: so schon Klenze und Lachmann.

11) Die beiden §§ 159. 160 bilden in der HS. einen besonderen Abschnitt und werden später hinzugefügt sein. Kein sonderliches Latein: namentlich auffallend cum liber et heres institutus sit. Die bisherigen Herausgeber sind bemüht gewesen, das Latein zu verbessern.

161. Ceteri qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur.

Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes [1]) a nobis instituti sicut [2]) extranei uidentur [3]); qua de causa [4]) et qui a matre heredes instituuntur [5]) eodem numero sunt, quia [6]) feminae liberos in potestate non habent.

Serui quoque, qui cum liberi et heredes instituti sunt [7]) et postea a domino manumissi, eodem numero habentur.

162. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate uel non adeunda [8]).

163. Sed siue is, cui abstinendi potestas est, inmiscuerit [9]) se bonis hereditaris; siue is, cui [10]) de adeunda [11]) deliberare licet, adierit: postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si [12]) minor sit annorum XXV, nam huius aetatis hominibus permissum est [13]).

Sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit [14]).

---

1) h̄ = here, zu ergänzen des vom voraufgehenden h̄des.

2) Mommsen streicht sicut.

3) Gajanisch: siehe zu II, 140.

4) Gajanisch: siehe zu I, 94.

5) HS. instituntur.

6) Gajanisch: siehe zu II, 157.

7) Wiederum dasselbe schlechte Latein wie § 160.

8) Dem § 162 entspricht der Gajus von Autun § 23, der uns von hier an wieder eine Strecke begleitet.

9) HS. inmisuerit.

10) HS. isui.

11) Zu ergänzen hereditate.

12) Ueber das pleonastische nisi si vgl. Rtsg. Gaj. S. 229; Kalb, Wegweiser S. 120.

13) Meistens wird permissum est beseitigt; ich halte vielmehr den folgenden Satz für später hinzugefügt.

14) Der Gedanke könnte IV, 57 entlehnt sein, wo er jedenfalls wiederkehrt.

Scio quidem diuum Hadrianum[1]) etiam maiori XXV annorum ueniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset[2]).

164. || Extraneis heredibus solet cretio dari[3]), id est Hs. S. 96
finis deliberandi, ut intra certum tempus uel adeant hereditatem uel, si non adeant, temporis fine summoueantur.

Ideo[4]) autem cretio appellata est, quia[5]) cernere est quasi[6]) decernere et constituere.

165. Cum ergo ita scriptum sit 'Heres Titius esto' adicere debemus 'cernitoque in centum diebus proximis, quibus scies poterisque, quodni ita creueris, exheres esto'. **166.** Et qui ita heres institutus est, si uelit heres esse, debebit intra diem cretionis cernere, id est haec

1) Gajanisch: siehe zu II, 143.

2) Gai Aut. 31 bemerkt bei dieser Gelegenheit: nam facile impetrantur ab imperatore ea quae iam ab aliis impetrata sunt; aliud est nouum beneficium petere, aliud est id petere, cuius extant exempla.

3) solet cretio dari wird Gajus an die Stelle von cretio datur gesetzt haben; weiteres hat er an diesem Satze wohl nicht geändert. Aehnlich verhält es sich IV, 15 mit dem solebant exponere, wofür sich bei Pseudo-Asc. 164 exponebant findet. Aber es ist bemerkenswert, daß im Gai-Aut. 34. 35 hier folgendes voraufgeht: Extranei qui habent potestatem, quamdiu uolunt, tamdiu protrahunt aditionem hereditatis. et quid interea facient creditores? quid illo tempore fiebat interea de sacris, quorum magna erat obseruatio? ideo qui testamenta faciunt, si scribunt extraneos heredes, dant eis certum tempus. Derartiges könnte auch in der Vorlage des Gajus an dieser Stelle voraufgegangen sein. Es ist hier aber fortgelassen, vielleicht weil Gajus II, 55 bei anderer Gelegenheit schon ähnliche Gedanken entwickelt hatte. Jedenfalls hätte sich sehr gut bei Gajus eingefügt das protrahunt der extranei wie das scribunt derjenigen, qui testamenta faciunt.

4) Gajanisch: siehe zu II, 157.

5) Gajanisch: siehe zu II, 161.

6) Gajanisch: siehe zu II, 142.

uerba dicere 'Quod me P. Meuius[1]) testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque'. Quodsi ita non creuerit, finito tempore cretionis excluditur; nec quicquam proficit, si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tamquam[2]) heres utatur.

167. At is qui sine cretione heres institutus[3]) sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem uocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo

uel etiam nuda uoluntate suscipiendae hereditatis[4])

heres fieri; eique liberum est, quocumque tempore uoluerit, adire hereditatem.

167a. Solet praetor postulantibus hereditaris creditoribus tempus constituere, intra quod si uelint heredes[5]) adeant hereditatem, si minus ut liceat creditoribus bona defuncti uendere[6]).

168. Si qui autem[7]) cum cretione || heres institutus est, HS. S. nisi creuerit hereditatem non fit heres. Ita non aliter excluditur, quam si non creuerit intra id tempus, quo cretio finita sit; itaque[8]) licet ante diem cretionis

---

1) So Lachmann. HS. Titius. Ulp. 22, 28 Medius.

2) Siehe zu I, 107.

3) HS. institus wie restutus für restitutus: siehe Stolz, Hist. Gramm. Bd. 1, S. 333.

4) Spätere Einschaltung: siehe Erkl. 44 unter 3.

5) Hinter int haben wir Zeile 23 der HS. ein h mit angehängtem a. Nach Studemund wäre dieses a an die Stelle von h gesetzt. Mir scheint es eher eingeschoben zu sein. Das h wäre dann in heredes aufzulösen. Die Abkürzung ist freilich eine ungewöhnliche, aber uelint und adeant scheinen dies Subjekt doch zu verlangen.

6) Es fällt auf die lose Anreihung dieses Satzes, aber auch der Inhalt spricht für nachgajanischen Ursprung: siehe Erkl. 45.

7) Eine Aenderung in Sicut autem qui halte ich nicht für nötig; um so weniger, als sich der § 168 einmal unmittelbar dem § 167 anschloß.

8) HS. si itaque. Entweder man schiebt ein t ein zwischen den beiden ii. Ein t zwischen zwei Vokalen fällt auch sonst aus. Siehe zu I, 107 potestate anquam = potestate tanquam. Oder man setzt siat = sit und schiebt ein it ein. Kr. und Huschke schreiben est.

constituerit hereditatem non adire, tamen paenitentia actus [1]) superante die cretionis cernendo heres esse potest.

169. At is [2]) qui sine cretione heres institutus est, quique [3]) ab intestato per legem uocatur, sicut uoluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur [4]).

170. Omnis autem cretio certo tempore constringitur. In quam rem tolerabile tempus uisum est centum dierum; potest tamen nihilo minus iure ciuili aut longius aut breuius tempus dari, longius tamen interdum [5]) praetor coartat. **171.** Et quamuis omnis cretio [6]) certis diebus constringatur, tamen alia cretio uulgaris uocatur, alia certorum dierum.

Vulgaris illa, quam supra exposuimus, id est in qua adicuntur [7]) haec uerba 'quibus sciet [8]) poteritque'; certorum dierum, in qua detractis his uerbis cetera scribuntur [9]).

172. Quarum cretionum magna differentia est: nam uulgari cretione data nulli dies conputantur, nisi quibus scierit quisque se heredem esse institutum et possit cernere;

---

1) So auch Ulp. 22, 30. Dagegen Julian fr. 41 de min. 4,4 paenitentia acta, worauf hinweist Huschke S. K.

2) HS. Ad his.

3) Kr. und Huschke quiue.

4) Der Inhalt des § 169 weist auf nachgajanischen Ursprung hin: siehe Erkl. 46.

5) HS. ł terdum = interterdum, Vertauschung von Abkürzungen.

6) HS. ceretio, aber das erste e hat über sich einen Tilgungspunkt. Der Schreiber hat also zunächst wohl certio setzen wollen: siehe wegen dieser Form zu II, 144.

7) HS. q̊dicuntur = qua adicuntur statt qua adiciuntur. So schon Huschke.

8) HS. siet.

9) Verdächtig ist wohl das Ausfallen des i vor u in adicuntur, vor allen Dingen aber die dritte Person in der Formel sciet poteritque. Ich halte den ganzen Satz für eine ungeschickte Wiedergabe und Verweitläufigung von Ulp. 22, 31. Vgl. über solche Nachträge aus Ulpian Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 55.

certorum uero dierum cretione [1]) data etiam nesciente [2]) se heredem institutum esse numerantur dies con ‖ tinui. HS. S. Item ei quoque, qui aliqua ex causa cernere prohibetur, et eo amplius ei, qui sub condicione heres institutus [3]) est, tempus numeratur.

U n d e [4]) melius et aptius est uulgari cretione uti [5]).

173. Continua [6]) haec cretio uocatur, quia continui dies numerantur. Sed quia tamen [7]) dura est haec cretio, altera modo in usu [8]) habetur; unde etiam uulgaris dicta est.

De substitutionibus [9]).

---

1) So Goeschen. HS. cretio.

2) Dativ wie merente: Neue-Wagener Bd. 1³ S. 298.

3) HS. intstitutus.

4) Gajanisch: siehe zu II, 157.

5) Polenaar hält von dem ganzen Satze nur das Unde aufrecht und streicht das Uebrige.

6) Auch diese continua cretio wird herübergenommen sein aus Ulp. 22, 31. 32. Schon Muirhead hat den ganzen Satz verdächtigt.

7) Am tamen hat man Anstoß genommen, einige wollen es ganz beseitigen. Aber irgendeine Erklärung dürfte doch möglich sein. Jedenfalls sind tam und tamen miteinander verwandt. Eine alte Form von tam ist tame: Fest. Th. 546. Was es mit der Silbe en in tamen für eine Bewandtnis haben mag, ist noch unsicher: siehe darüber Lindsay-Nohl Lat. Spr. S. 690. Eine Ansicht geht dahin, daß tam nur eine Abstumpfung von tamen sei: Arch. Bd. 7, S. 292. In alter Zeit wird tam oft in der Bedeutung von 'dennoch' gebraucht: Fest. Th. 548 Zeile 3. So könnte tamen in unserer Stelle vielleicht die Bedeutung von 'so, ebenso' haben. Jedenfalls wird auch tamen gebraucht, mehr um anzureihen, als um einen Gegensatz auszudrücken: Tursellinus (Schwartz) S. 1009; Bonnet S. 316 und 317.

8) HS. minus Goeschen und Huschke magis in usu. Allein bloßes m ist sonst nie gleich magis. Lachmann, Polenaar, Kr. Girard streichen dieses m. Ich möchte es erweitern zu modo: siehe zu I, 141.

9) So Goeschen. HS. substitionibus. Vgl. II, 167 institus.

174. Interdum [1]) duos pluresue gradus heredum facimus hoc modo 'Lucius Titius heres esto cernitoque in diebus centum [2]) proximis, quibus scies poterisque; quodni ita creueris, exheres esto: tum Meuius heres esto cernitoque in diebus centum' et reliqua,

> *Et deinceps* [3]) in quantum uelimus substituere possumus.

175. Et licet nobis uel unum in unius [4]) locum substituere pluresue, et contra in plurium locum uel unum uel plures substituere. **176.** Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres et substitutus excluditur; non cernendo summouetur, etiamsi pro herede gerat, et in locum eius substitutus succedit.

> *Et deinceps* [5]) si plures gradus sint, in singulis simili *ratione* [6]) idem contingit.

177. Sed si cretio sine exheredatione sit data,

id est si haec uerba 'si non crerit [7]), tum P. Meuius heres esto' ⟨scripta sint in testamento⟩, [8])

---

1) So Goeschen. HS. ininterdum. Das doppelte in ist wohl Versehen des Schreibers. Freilich wird auch in häufig Adverbien und Präpositionen vorgesetzt: Hamp Arch. Bd. 5 S. 329.

2) In der HS. fehlt centum; es ist aber nicht zu entbehren und schon von Goeschen eingeschoben. Ob vielleicht ein altes Zahlzeichen für 100 hier ausgefallen. Das wäre nach Mommsen Ges. Schr. Bd. 7 S. 768 das griechische ϑ gewesen, und Griechisches hat unser Schreiber auch sonst fortgelassen.

3) Wohl gajanisch: siehe zu II, 158. Genau genommen ist der Satz schon im et reliqua enthalten.

4) HS. iniunius.

5) Gajanisch: siehe zu II, 174.

6) Gajanisch: siehe zu II, 156.

7) Synkopierte Form für creuerit. Jedenfalls weist die dritte Person auf einen Nachgajaner hin: siehe zu II, 171.

8) Irgend etwas scheint hier ausgefallen zu sein. Goeschen schaltete adiecta sint hinter uerba ein. Meistens begnügt man sich damit nach dem Vorgange von Heffter das si vor haec in in zu verwandeln.

illud diuersum inuenitur[1]),

quia[2]) si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutum in partem admittit,

et fiunt ambo aequis partibus ‖ heredes; quodsi neque cernat neque pro herede gerat, tum sane in uniuerso[3]) summouetur, et substitutus in totam hereditatem succedit. HS. S.

178. Sed Sabino[4]) quidem placuit[5]), quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admittit substitutum; cum uero cretio finita sit, tum pro herede gerente admittit[6]) substitutum. Alis uero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere et amplius ad cretionem reuerti non posse[7]).

179. Liberis nostris inpuberibus, quos in potestate habemus, non solum ita, ut supra diximus, substituere[8]) possimus[9]),

---

1) HS. inuenit.

2) Gajanisch: siehe zu II, 164. Kr., Huschke, Polenaar, Girard setzen dafür quod.

3) Ob es nötig ist, statt dessen uniuersum zu setzen?

4) Die Berufung auf Sabinus dürfte hier wie I, 196; II, 79, 154 und in allen noch folgenden Stellen Gajus verraten.

5) Lieblingsausdruck von Gajus: siehe zu II, 154

6) Einer Textänderung, die in verschiedener Weise versucht worden — siehe Dubois — bedarf es meines Erachtens nicht. Das gerente nehme ich als Dativ, wie II, 172 nesciente. Das admittit ist als Anakoluth zu halten. Statt eines von Sabino placuit abhängigen Infinitivs folgt admittit, wozu das Subjekt Sabinus wäre. Vgl. über Anakoluthe im allgemeinen Rtsg. Gaj. S. 52 flg.

7) Der § 178 bildet in der HS. einen besonderen Absatz. Damit ist zugleich ein äußerer Anhalt dafür gegeben, daß dieser Paragraph später hinzugefügt wurde.

8) Nach Studemund fehlt in der HS. das re.

9) Statt possimus hat schon Goeschen possumus gesetzt und ihm sind viele gefolgt. Dafür können jedenfalls nicht maßgebend sein I. I. II, 16 pr. mit ihrem potest. Was wäre denn an dem Ge-

id est ut si heredes non extiterint [1]), alius nobis heres sit; sed eo amplius ut, etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc inpuberes mortui fuerint, (s)it iis aliquis heres, uelut hoc modo 'Titius filius meus mihi heres esto, si filius meus mihi (heres non extiterit siue heres mihi) [2]) erit et hic [3]) prius moriatur quam in suam tutelam uenerit, tunc esto Seius heres testamento' [4]). **180.** Quo casu siquidem non extiterit heres filius, substitutus patris [5]) fit her(es; si uero) [6]) heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quam ob rem duo quodammodo sunt testa-

---

danken auszusetzen: unseren unmündigen Kindern könnten wir nicht bloß in gewöhnlicher Weise substituieren? Das possimus betont die bloße Möglichkeit. In Wirklichkeit wird es wohl so leicht nicht vorgekommen sein, daß bei unmündigen Kindern sich jemand auf die gewöhnliche Substitution beschränkt hätte. Uebrigens ist wie simus für sumus auch possimus für possumus gebraucht worden: vgl. Stolz, Hist. Gramm. Bd. 1 S. 138.

1) Das si heredes non extiterint entspricht nur sachlich, nicht wörtlich der vorhin besprochenen Substitution. Es mögen aber die betreffenden Worte bei der Pupillarsubstitution zur Anwendung gekommen sein.

2) Goeschen hat hier in Anlehnung an I. I. II, 16 pr. schon eingeschaltet: **heres non erit, siue heres.**

3) Das hic fehlt allerdings I. I. II, 16 pr. Darum braucht man es aber doch nicht mit Kr. auch hier zu streichen. Huschke setzt is. Polenaar hält es aufrecht.

4) HS. heresto, das auch aufgelöst werden könnte und bisher stets aufgelöst ist in **heres** esto. Nun haben wir aber schon ein esto, mithin müßte eins gestrichen werden. Somit dürfte doch wohl die Auflösung heres testamento den Vorzug verdienen. Auch die Hervorhebung, daß auf alle Fälle ein testamentarischer Erbe eintreten soll, hat vielleicht eine gewisse Berechtigung.

5) Lachmann mit I. I. II, 16 pr. patri, indem er in Bezug auf das HSliche patris bemerkt: quod Latinum esse non credo. Goeschen hielt am patris fest, ebenso neuerdings Polenaar; ich wage auch nicht zu ändern. Fast alle folgen freilich Lachmann

6) So ergänzt Goeschen auf Grund von I. I. II, 16 pr.

menta: || aliud patris aliud fili, tamquam[1]) si ipse filius HS. S.
sibi heredem instituisset; aut certe unum testamentum duarum hereditatum.

181. Ceterum[2]) ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus uideretur[3]) pupillus, in usu est uulgarem quidem substitutionem palam facere, id est eo loco quo pupillum heredem instituimus.

Vulgaris[4]) substitutio ita uocat ad hereditatem substitutum, si omnino pupillus heres non extiterit, quod accidit cum uiuo parente moritur; quo casu nullum substituti maleficium suspicari possumus, cum scilicet[5]) uiuo testatore omnia, quae in testamento scripta sint, ignorentur.

At illam[6]) autem[7]) substitutionem, per quam, etiamsi[8]) heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum uocamus, separatim in inferioribus tabulis[9]) scribimus; easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus et in prioribus tabulis cauemus: ne inferiores tabulae uiuo filio et adhuc inpubere aperiantur.

---

1) Wegen des Sprachgebrauches siehe zu II, 166. Für Gajus hätte quasi nähergelegen.

2) Ceterum dient auch sonst dazu, neue Sätze anzureihen, wenn auch nicht immer solche von Nachgajaneru: siehe zu II, 43.

3) Der Konjunktiv Imperfekti fällt auf, Goeschen hat geändert in uideatur.

4) Beachtenswert ist die lose Anknüpfung, Goeschen hat nam eingeschoben. Indessen der ganze Satz bis ignorentur unterbricht den Zusammenhang in unliebsamer Weise. Das dann folgende At illam wird sich einmal unmittelbar dem instituimus angeschlossen haben.

5) HS. scilicet et, wohl hervorgegangen aus einfachem scilicet, indem man scilic = scilicet nahm.

6) HS. illa, wozu man hinübernehmen könnte das Schluß-m von substitutionem.

7) Die Verbindung at autem findet sich nach Handii Turs. I, 583 nur bei Dichtern.

8) So Goeschen, HS. si etiam.

9) So Goeschen, HS. tabuli.

Sed longe tutius[1]) est utrumque genus substitutionis separatim in inferioribus tabulis consignari. Quae[2]) si ita[3]) consignatae uel[4]) separatae fuerint substitutiones[5]), ut diximus, et[6]) priore potest intellegi in altera aliter[7]) quoque idem esse substitutus.
182. || Non solum autem heredibus[8]) institutis inpuberibus HS. S. 101
liberis ita subistituere[9]) possimus[10]), ut si ante pubertatem mortui fuerint, sit is heres, quem nos uoluerimus, sed etiam exhereditatis[11]). Itaque eo casu, si quid pupillo ex hereditatibus legatisue aut donationibus propinquorum adquisitum fuerit, id omne[12]) ad[13]) substitutum pertinet.

---

1) So Goeschen, HS. longe utius. Ausfall des t zwischen zwei Vokalen.

2) Goeschen setzt statt dessen quod und Huschke S. K. quia.

3) HS. sita = si ita.

4) Kr. streicht mit Mommsen consignatae uel wie das voraufgehende separatim. Wir befinden uns hier auf dem Gebiete des Spätlatein, wo uel häufig so viel wie et bedeutet: Schmalz Lat. Syntax[3] S. 347; Bonnet S. 315.

5) HS. substitutione. In den Inschriften der späteren Kaiserzeit wird das auslautende s aller Kasusformen häufig nicht durch die Schrift bezeichnet: Corssen Aussprache Bd. 1[2] S. 292.

6) Das et hat schon Goeschen durch ex ersetzt, dem wohl alle gefolgt sind. Aber et ist dem Zusammenhange nach nicht gut zu entbehren.

7) HS. alter, das Goeschen und viele mit ihm gestrichen haben; Polenaar streicht statt dessen das voraufgehende in altera.

8) HS. autheredibus = autem heredibus.

9) Der Strich in der HS. neben dem b ist doch wohl als ein i zu nehmen. Das wäre dann ein prothetisches i: siehe darüber Bd. 1 S. 77 Anm. 6.

10) Dies possimus können wir jedenfalls nicht wie das, dem wir § 179 begegnet sind, als Konjunktiv aufrecht erhalten.

11) Goeschen exheredatis dem alle gefolgt sind. Allein die iterative Form treffen wir auch an III, 66 und Ulp. 23, 8. Vgl. über uerba frequentatiua oder iteratiua im allgemeinen Stolz Hist. Gr. Bd. 1 S. 603 flg.

12) HS. omine.

13) HS. ab. Im Spätlatein werden ab und ad miteinander verwechselt: Bonnet S. 446.

183. Quaecumque diximus de substitutione inpuberum liberûm
uel heredum institutorum uel exheredatorum
eadem etiam de postumis intellegemus[1]). **184.** Extraneo uero heredi instituto ita substituere non possumus, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit; sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per[2]) fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram, totam uel partem[3]), restituat: quod ius quale sit, suo loco[4]) trademus. **185.** Sicut autem liberi homines ita et serui, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt. **186.** Sed noster seruus simul et liber et heres esse iuberi debet:
id est hoc modo 'Stichus[5]) seruus meus liber heresque esto' uel 'heres liberque est esto'[6]).
187. Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest.

1) Gajanisch: siehe zu II, 124.

2) HS. pro: Vertauschung der Abkürzungen.

3) HS. parte. Am nächsten liegt es wohl, dazu das Schluß-m in totam hinüberzunehmen. I. I. II, 16 § 9 pro parte, dem sich anschließen Kr., Polenaar, Girard; Huschke ex parte.

4) Siehe unten II, 277.

5) HS. Sticus. Also c für ch: siehe Bd. 1 S. 333, Bd. 2 Abt. 1, S. 293.

6) Der id est-Satz ist mir verdächtig. Das liber heresque esto ist jedenfalls nicht die regelmäßige Form; noch weniger das heres liberque, vollends in der Verbindung mit est. Die regelmäßige Verbindung, die hier ganz fehlt, ist liber et heres esto. Vgl. die Stellen V. I. R. III, 102 F. Hiervon kommen für liber et heres auf Iau. 1, Iul. 3, Pomp. 1, Afr. 1, Gai. 5, Maecian. 1, Marcell. 1, Scaeu. 4, Flor. 1, Ulp. 14, Paul. 6, Marcian. 3; für liber heresque auf Ner. 2, Iul. 4, Scaeu. 3, Ulp. 3, Paul. 2. Bei Iul. pr. 8 pr. de her. inst. 28, 5 finden wir die Reihenfolge heres et liber; bei Gai. II, 186 neque heres neque liber. Für heres liberque wüßte ich nur beizubringen Ner. fr. 55 de her. inst. 28, 5: heredem substituit liberumque esse iussit. Und mit dieser Stelle hat es noch seine besondere Bewandtnis; sie ist auch V. I. R. III, 102 Zle. 8. unter Ner. 844 nicht aufgenommen.

Quia[1]) institutio in persona eius[2]) non constitit[3]); ideoque[4]) licet alienatus sit, non potest iussu domini noui cernere hereditatem.

188. Cum libertate uero heres || institutus si quidem in ea[5]) causa durauerit, fit ex testamento liber et inde necessarius heres. Si uero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest; quodsi alienatus sit, iussu noui domini adire[6]) hereditatem debet: HS. S. 102

qua ratione[7]) per eum dominus fit heres, nam ipse[8]) neque heres neque liber[9]) esse potest[10]).

189. Alienus quoque seruus heres institutus si in eadem causa durauerit, iussu domini hereditatem adire debet. Si uero alienatus ab eo fuerit aut uiuo testatore aut post mortem eius, antequam cernat, debet iussu noui domini cernere; si uero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest.

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 177.

2) So Goeschen. HS. e statt e' = eius.

3) So Goeschen. HS. constit. Verlust einer Silbe wegen ähnlichen Anlautes.

4) Gajanisch: siehe zu II, 164.

5) ea in der Bedeutung von eadem, was in dieser Verbindung II, 189 auch gebraucht ist. Aber sollte man deshalb nötig haben, den Text zu ändern?

6) HS. dominadire = domini adire.

7) Gajanisch: siehe zu II, 176.

8) HS. ips und Raum für zwei Buchstaben. Kr. vermutet ipsae = ipse. Man könnte auch an ipsus denken. I. I. II, 13 § 1 ipse alienatus.

9) I. I. II, 14, § 1 neque liber neque heres.

10) I. I. II, 14, § 1 fügen noch hinzu: etiamsi cum libertate heres institutus fuerit, destitisse etenim a libertatis datione uidetur dominus qui eum alienauit. Das wird ein nachgajanischer Zusatz sein, den die Kompilatoren vermutlich schon vorfanden. Polenaar meint, daß in der Veroneser HS. ein entsprechender Satz ausgefallen sei.

190. Si autem seruus alienus heres institutus est uulgari cretione data, ita i n t e l l i g i t u r[1]) dies cretionis cedere, si ipse seruus scierit se heredem institutum[2]) esse, nec ullum impedimentum sit, quominus certiorem dominum faceret, ut illius iussu cernere possit.

191. Post haec uideamus de legatis. Quae pars iuris extra propositam quidem materiam u i d e t u r[3]): nam loquimur de his iuris figuris[4]), quibus per[5]) uniuersitatem res nobis adquiruntur. Sed cum omni modo de testamentis deque heredibus, qui testamento instituuntur[6]), locuti sumus, non sine causa sequenti loco ‖ poterit haec iuris materia tractari. HS S.

De legatis.

192. Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per uindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per praeceptionem.

193. Per uindicationem hoc modo legamus 'Titio' uerbi gratia 'hominem Stichum do lego'. Sed si alterum [7]) uerbum positum sit, ueluti 'do' aut 'lego' aeque per uindicationem[8]) legatum est[9]). Item, ut magis in usu

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 183. Die HS. bietet freilich nur igitur dar, das aber schon G o e s c h e n durch intelligitur ersetzte.

2) HS. instiutum.

3) Gajanisch: siehe zu II, 161.

4) Figura in der Bedeutung von species scheint Gajanischer Sprachgebrauch zu sein: vgl. Gai. fr. 31 pr. de m. c. d. 39, 6; fr. 1 de o. et a. 44, 7.

5) HS. pro: Vertauschung von Abkürzungen bezw. falsche Auflösung.

6) HS. instituunt.

7) So H u s c h k e, Beiträge S. 48. HS. alteru.. Für alterutrum wie die meisten schreiben, ist nicht genügender Raum vorhanden. Alter steht sehr oft für alteruter: V. I. R. I, 393. 397.

8) HS. uidicationem.

9) Vgl. Ulp. uat. fr. 64: ei lego; Gai. fr. 65 pr. § 1 leg. 1: decem do . . Stichum do.

est[1]), si ita legatum fuerit 'sumito', uel ita 'sibi habeto'[2]), ⟨uel⟩ ita 'capito'[3]), aeque per uindicationem legatum est[4]).

194. I d e o[5]) ⟨au⟩tem per uindicationem legatum appellatur, q u i p ⟨p e⟩[6])

post aditam hereditatem statim[7])

ex iure Quiritium res legatari fit. Et si eam rem legatarius uel ab herede uel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, uindicare debet, id est intendere suam r⟨em⟩ ex iure Quiritium esse. **195.** In eo solo dissentiunt prudentes, quod S a b i n u s[8]) quidem et Cassius ceterique n o s t r i p r a e c e p t o r e s[9]) quod ita legatum sit statim post aditam hereditatem putant fieri legatari;

etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum et posteaquam

---

1) Die unvollkommen gelesenen Buchstaben der HS. scheinen hinzuweisen auf iniusu = in usu, woneben noch eine Lücke für est vorhanden. Diese Annahme setzt sich nicht in Widerspruch mit S t u d e m u n d, daß in usu nicht dastehe. Es hätte sich hier zwischen n und u ein i eingeschoben, wie z. B. II, 175 (98, 13) in iunius statt in unius geschrieben worden. Kr., H u s c h k e u. a. uisum est.

2) Vgl. Labeo fr. 20 de opt. 33, 5: Apud Aufidium . . sumito sibique habeto; fr. 29 § 4 leg. 3: fundum illum sibi habento; Scaeu. fr. 88 § 3 leg. 2: sumito sibique habeto.

3) Vgl. II, 221; Ulp. 24, 3.

4) Unsern Ausgang haben wir zu nehmen vom do lego. Auf diese Form könnte sich der Grundstock beschränkt haben. Angefügt ist zunächst das alleinige do bezw. lego. Eine Einschaltung von et hinter sed ist mindestens überflüssig. Dieser Form sind dann weiter angefügt: sumito, sibi habeto, capito.

5) Gajanisch: siehe zu II, 187.

6) Das qui der HS. hat man bisher zu quia erweitert. Wegen des auf qui folgenden p ist mir quippe wahrscheinlicher. Vgl. zu II, 105.

7) Diese Worte werden aus dem, was folgt, erst später nachgetragen sein.

8) Gajanisch: siehe zu II, 178.

9) Gajanisch: siehe zu II, 123.

scierit et cesserit[1]) legatum perinde[2]) esse atque si legatum non esset;

Nerua uero et Proculus ceterique illius scholae[3]) auctores non aliter[4]) putant rem legatari fieri, quam si uoluerit eam ad se pertinere. Sed hodie[5]) ex diui Pii Antonini || constitutione hoc magis iure uti uidemur[6]), quod Proculo placuit[7]): nam cum legatus fuisset Latinus per[8]) uindicationem coloniae 'deliberent', inquit, 'decuriones, an ad se uelint pertinere, proinde ac si uni legatus esset'. HS. S.

---

1) Als blasse Buchstaben sind gelesen ceerit. Am nächsten läge es doch wohl, sie zu ersetzen durch cērit = cesserit. Kr. meint freilich: quod tamen ab huius loci sententia alienum est. Iulian. fr. 86 § 2. leg. 1 bedient sich in einem derartigen Zusammenhange des Ausdruckes reppulerit. Vgl. zu dieser Stelle Wlassak Z. R. G. Bd. 44 S. 236 flg. Da aber das voraufgehende dimissum ebenfalls Anstoß erregt, werden wir uns auch wohl beim cesserit beruhigen können. Cedere legatum wird heißen sollen: ein Legat preisgeben. Das dimissum statt relictum ist Sprachgebrauch des fünften Jahrhunderts, worauf schon Huschke aufmerksam gemacht hat. Vgl. cons. 6, 12; epit. II, 7 § 8. Ich halte den ganzen Satz etiamsi . . non esset für eine nachgajanische Zutat.

2) Zu der Verbindung perinde atque si vgl. Bd. 1 S. 237.

3) HS. scolae.

4) HS. alite. Ausfall des r vor p.

5) Beseler, Beiträge II S. 105 hält hodie für ein Glossem. Vgl. dagegen Berger Kr. VSchr. 3. Folge Bd. 14 (50) S. 427. Weiter wird der ganze Satz von Beseler beanstandet. Erwogen ist von mir die Frage auch schon, ob nicht an einen nachgajanischen Zusatz zu denken sei; aber abgelehnt: Rtsgel. Gaj. S. 4. Beseler behauptet: 'Die Annahme, daß Antoninus Pius zwischen Gai. II, 151a (imperator Antoninus) und II, 195 (diuus Pius Antoninus) gestorben sei, ist entweder einfältig oder eine Verlegenheitsauskunft'. Vielleicht hat aber Gajus sein Lehrbuch gar nicht selber herausgegeben, es könnte von seinen Zuhörern mit der Vorlesung geschehen sein.

6) Gajanisch: siehe zu II, 191. HS. uide uidemur.

7) Gajanisch: siehe zu II, 178.

8) HS. pro.

196. Adeo [1]) autem solae res per uindicationem legantur[2]) [recte][3]), quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt;

sed eas quidem res quae pondere numero mensura constant placuit[4]) sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris[5]), ueluti uinum oleum frumentum pecuniam numeratam; ceteras res uero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere;

id est et quo faceret testamentum[6]) et quo moreretur: alioquin inutile est legatum. **197.** Sed sane hoc ita est iure ciuili. Postea uero auctore Nerone Caesare[7]) senatusconsultum factum est, quod[8]) cautum est, ut si

---

1) Studemund hat nur noch ein a lesen können, Goeschen ao oder ad, Bluhme einmal ade ein ander Mal adeo. Lachmann hat eae eingesetzt, dem Kr., Huschke, Girard folgen; Polenaar hoc. Am besten beglaubigt dürfte demnach doch wohl adeo sein, das sich am Ende auch sprachlich halten ließe. Es dient dazu, den voraufgehenden Gedanken näher festzustellen und zu bestätigen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß es sich einmal unmittelbar dem ersten Satze des § 193 angeschlossen haben wird. Wir können es etwa mit unserem 'So' 'Auf diese Weise' wiedergeben. Diese Bedeutung hat adeo noch häufig bei Livius. Vgl. praef. § 11 und dazu Weißenborn; siehe ferner Handii Turs. Bd. 1 S. 152.

2) HS. legant.

3) recte scheint hier ziemlich überflüssig zu sein; auch die Wortstellung ist eigentümlich.

4) Gajanisch: siehe zu II, 195.

5) Obige Konstruktion wäre nach Kalb R. J. S. 79 ein Gräzismus. Vielleicht haben wir darin ein Anakoluth zu erblicken. Es ist angefangen, als ob folgen solle: mortis tempore ex iure Quiritium testatoris esse debere; statt dessen wird ein sufficere si sint eingeschoben, um den Gegensatz deutlicher hervortreten zu lassen. Als ein ähnliches Beispiel führt Kalb an Gai fr. 5 fam. erc. 10,2 eas .. curare debet ut .. maneant.

6) HS. faceretestamentum.

7) Hier haben wir noch die ältere Bezeichnungsweise des SC.; der neueren Form Neronianum begegnen wir II, 212. 218. Vgl. Mommsen R. St. R. Bd. 3, S. 997 A. 2.

8) Ob alter Ablativ? Siehe zu I, 129. Man könnte auch auflösen: quo id. Goeschen setzt quo und ihm scheinen alle zu folgen.

eam rem quisque legauerit, quae eius numquam fuerit, proinde utile [1]) sit legatum, atque si optimo iure relictum esset [2]). Optumum autem ius est per damnationem legatum [3]), quo genere etiam aliena res legari potest:

sicut inferius [4]) apparebit.

198. Sed si quis rem suam legauerit, deinde post testamentum factum eam alienauerit, plerique putant non solum iure ciuili inutile esse legatum, sed ne [5]) ex senatusconsulto confirmari.

Quod ideo [6]) dictum || est, quia [7]) etsi per damnationem aliquis rem suam legauerit eamque postea alienauerit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi [8]) contra uoluntatem [9]) defuncti petat [10]). HS. S. 5

---

1) HS. utilie.

2) Bei Ulp. 24, 11a wird der Inhalt des SC. so wiedergegeben: ut quod minus pactis (aptis) uerbis legatum est, perinde sit, ac si optimo iure legatum est (esset). Arndts Forts. Bd. 1 S. 39 hält die Inhaltsangabe bei Ulpian für die genauere.

3) Bei Ulp. a. a. O. heißt es: optimum autem ius legati per damnationem est. Deshalb hat man aber kaum nötig, mit Huschke Kr., Gir. auch bei Gajus legatum in legati zu ändern. Ich übersetze: das beste Recht ist das per damnationem legierte.

4) Gajanisch: siehe Kalb R. J. S. 75.

5) HS. ne, das Goeschen durch nec ersetzt hat. Bei ne würde man quidem ergänzen müssen: vgl. Handii Turs. Bd. 4 S. 70. Ein solches Fehlen von quidem scheint freilich Quint. inst. or. 1, 5 § 39 für einen Solözismus zu erklären. Vgl. aber noch II, 252. Polenaar verwandelt das folgende quod ideo in quidem und streicht dictum est.

6) Gajanisch: siehe zu II, 194.

7) Gajanisch: siehe zu II, 187.

8) Gajanisch: siehe zu II, 164.

9) HS. uolumptatem. Eine Parallele bietet dar die Schreibung von temptare und tentare: siehe Stolz, Hist. Gr. Bd. 1 S. 328.

10) Auf Gajus weisen uns hin, ideo, quia, quasi. Jedenfalls steht das Eingerückte mit dem Voraufgehenden gar nicht in Einklang.

199. Illud constat: si duobus pluribusue per uindicationem eadem res legata sit, siue coniunctim siue disiunctim, et omnes ueniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrescere. Coniunctim autem ita legatur 'Titio et Seio hominem Stichum do lego'; disiunctim ita 'Lucio Titio hominem Istichum [1]) do lego, Seio eundem hominem do lego'.

200. Illud quaeritur [2]): quod sub condicione per uindicationem legatum est, pendente condicione cuius esset [3]). Nostri praeceptores [4]) heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius serui, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est, quem constat interea [5]) heredis seruum esse. Sed diuersae [6]) scholae auctores [7]) putant nullius interim eam [8]) rem esse. Quod multo magis

---

Von einem Legate, das iure ciuili inutile, kann man nicht sagen: ipso iure debetur. Und wenn ein solches Legat ex senatusconsulto nicht bestätigt wird, so bedarf es keiner exceptio doli mali, die ihre Stütze einem contra uoluntatem entlehnt. Das Eingerückte ist offenbar eine spätere Rechtsbildung, die auf den Willen Rücksicht nahm. Denselben Standpunkt vertreten I. I. II, 20 § 12, wo sich berufen wird auf eine Ansicht von Celsus wie ein Reskript des Severus und Antoninus. Aus den Pandekten kommen namentlich in Betracht Ulp. fr. 11 § 12 leg. 3 und Mod. fr. 18 de adim. 34, 4. Weitere Stellen siehe bei Windscheid, Pand.[7] Bd. 3 § 654 Anm. 13.

1) Vielleicht nachgajanisch. Siehe wegen des prothetischen i zu I, 190.

2) Gajanisch: siehe zu II, 140.

3) Huschke änderte früher in sit. Ihm folgen Kr. und Girard. Jetzt haben Seckel und Kübler esset wiederhergestellt.

4) Gajanisch: siehe zu II, 195.

5) HS. interex.

6) So Goeschen. HS. diuerso, vermutlich falsche Auflösung von diuers.

7) Gajanisch: siehe zu II, 123.

8) HS. ea, wozu hinüberzunehmen das m von rem.

dicunt de eo quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.

201. Per damnationem hoc modo legamus 'heres meus Isticum seruum meum[1])

dare rem[2]) damnas esto'. Sed et si 'dato' || scriptum fuerit, per damnationem legatum est. **202.** Eo(qu)e genere legati etiam aliena res legari potest: ita[3]) ut heres[4]) redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat. **203.** Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest: uelut 'fructus qui in illo fundo nati erunt' aut 'quod ex illa ancilla natum erit'. **204.** Quod autem ita legatum est post aditam hereditatem[5]), etiamsi pure legatum est, non ut per uindicationem legatum continuo legatario adquiritur, sed nihilo minus heredis est. Et ideo[6]) legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere. HS.

Et tum heres, si mancipi sit[7]), mancipio dare aut in iure cedere possessionemque[8]) tradere debet; si

---

1) Wohl Einschub eines Nachgajaners: siehe zu II, 199.

2) HS. darem. Goeschen streicht das m und ihm folgen die meisten Herausgeber. Eine Verdoppelung des re möchte ich vorziehen.

3) HS. iita.

4) Ob es nötig, rem einzuschieben?

5) Das post aditam hereditatem macht den Eindruck einer späteren Einschaltung, die Gajus freilich schon vorgefunden haben könnte. Es handelt sich um den Gegensatz von zweierlei Legatsformen, der doch nicht damit eingeleitet zu werden brauchte, daß ein gemeinschaftliches Merkmal an die Spitze gestellt wurde. Und wenn man glaubte, den Zusatz nicht entbehren zu können, so hätte er besser seinen Platz neben continuo, als nähere Bestimmung dieses Begriffes, gefunden.

6) Der mit Et ideo beginnende Satz wird wohl noch nicht von Gajus herrühren: siehe zu II, 87. 131.

7) Zu ergänzen ist aus dem Vorhergehenden quod ita legatum est. Viele schieben rem ein.

8) So Goeschen. HS. possessione am Ende einer Zeile.

nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit. Nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipauerit (aut in iure cesserit heres, ita demum si compleuerit)[1] usucapionem[2]) pleno iure fit legatari. Completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, mobilium quidem rerum anno, earum uero, quae solo teneantur[3]), biennio[4]).

205. Est et illa differentia[5]) huius (per damnationem et illius)[6]) per uindicationem legati, quod si eadem res duobus pluribusue per damnationem[7]) legata sit, si quidem coniunctim, plane singulis partes debentur, sicut in illo uindicant[8]) legat(arii; sin ue)[9])ro disiunctim, solidae debentur[10]). Ita fit, || ut scilicet heres alteri rem alteri HS. S. 107

1) Diese Worte sind wohl einzufügen.

2) So HS.; Kr. usucapione, hätte aber erwartet conpleta demum usucapione oder ähnliches. Huschke[4] usucapione modo; Huschke K. S. usucapione demum; Pol. usucapione demum completa.

3) Kr. und Girard tenentur.

4) Während dem Satze Et ideo . . dare oportere sich unmittelbar anschließt der § 205, gehört das Dazwischenstehende kaum in diesen Zusammenhang. Ist auch schon einmal dagewesen, nämlich II, 41. 42. Wir haben es also mit einer nachträglichen Zwischenbemerkung zu tun, die von Gajus oder sonst wem herrühren mag. Man scheint das Bedürfnis empfunden zu haben, die Gegensätzlichkeit zwischen res mancipi und nec mancipi bei Gelegenheit des Damnationslegates noch einmal einzuschärfen: siehe Rtsgel. Gaj. S. 51.

5) HS. differetia.

6) Meistens begnügt man sich damit, ein et einzuschieben.

7) So Goeschen. HS. damni contractionem.

8) Die HS. scheint uindican darzubieten, das sich zu uindicant erweitern ließe. Siehe wegen des Ausfalles von t Bd. 1 S. 336; Bd. 2 Abt. 1 S. 294.

9) Kr. sicut in illo quod per uindicationem legatum est, si uero. Huschke[4] uindicantur legati nomine, si uero. Kalb, Juristenlatein S. 52 sicut in per uindicationem legato diximus. Ihm folgt Huschke S. K. und Girard. Meines Erachtens ist bei dieser Ergänzung auf den Gegensatz von debere und uindicare achtzugeben.

10) Ob es einer Aenderung bedarf? Die Worte solidae debentur stehen gegenüber den partes debentur.

aestimationem eius praestare debeat. Et in coniunctis[1]) deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet[2]).

206. Quod autem diximus deficientis portionem[3]) per damnationem quidem legato in hereditate retinerei,

in[4]) per uindicationem uero collegatario accrescere[5])

admonendi sumus[6]) ante legem Papiam[7]) ⟨licet⟩[8]) iure ciuili ita fuisset — post legem uero Papiam deficientis portio caduca fit et ad eos pertinet[9]), qui in eo testamento libros habent. **207.** Et quamuis prima causa sit in caducis uindicandis heredum liberos habentium, deinde, si heredes li-

---

1) HS. coniuctis.

2) HS. remanetur.

3) Goeschen portionem in, dann müßte man das in einschieben. HS. portione worauf kein oder ein oder zwei Buchstaben folgten, so daß für m in nicht Raum genug übrig bliebe. Vielleicht genügt der bloße Ablativ legato.

4) HS. retinerein = retinerei in. Bisher schrieb man retineri in. Vgl. z. B. lex Iul. mun. Bruns-Gr. n. 18 Zl. 1f., wo uns kurz hintereinander zwölfmal profiterei entgegentritt. Sonstige Beispiele für den Infinitiv auf ei bei Neue-Wagener Bd. 3³ S. 225.

5) Der ausgerückte Satz ist entnommen II, 199, kann aber erst später nachgetragen sein: denn das admonendi sumus des Gajus beschränkt sich noch auf das Damnationslegat. Die Ausdehnung auf das Vindikationslegat bringen erst die plerique. Die Einschaltung hatte den Zweck, das Vindikationslegat gleich mitzuumfassen. Dadurch ist der Entwicklungsgedanke freilich zurückgedrängt. Derselbe tritt erst schärfer hervor, wenn wir uns den ausgerückten Satz zunächst wegdenken.

6) Gajanisch: siehe zu II, 97.

7) Die Bestimmungen der lex Papia sind überall nachgetragen, aber nicht immer, wie hier, von Gajus: siehe Rtsgel. Gaj. S. 68. 79.

8) Bisher hat man hoc eingeschoben und mußte dann das folgende fuisset in fuisse verwandeln.

9) Anakoluthon: der Indikativ fit . . pertinet statt des Akkusativs mit Infinitiv: siehe Rtsgel. Gaj. S. 53.

beros non habeant, legatariorum liberos habentium; tamen ipsa lege Papia significatur: ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt.

208. Sed plerisque placuit, quantum ad hoc ius, quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse: utrum per uindicationem an per damnationem legatum sit [1].

209. Sinendi modo ita legamus 'heres meus dare [2] damnas esto [3] sinere L. Titium hominem Stichum [4] sumere sibique habere'. **210.** Quod genus legati plus quidem habet ⟨quam⟩ [5] per [6] uindicationem legatum, minus autem quam per damnationem [7]. Nam eo modo non solum suam rem || testator utiliter legare potest, sed HS. S. 108
etiam heredis sui: cum alioquin per uindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest.

211. Sed si quidem mortis testatoris tempore res uel ipsius testatoris sit uel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciendi tempore neutrius fuerit.

212. Quodsi post mortem testatoris ea res heredis

---

1) An sich würden placuit und interesse auf Gajus hinweisen. Da wir aber schon einen Zusatz von Gajus haben, und dieser den Gedanken des voraufgehenden erweitert, so müssen wir diesen zweiten Zusatz doch wohl für nachgajanisch erklären.

2) Goeschen streicht dieses dare, und dabei scheint man sich bisher beruhigt zu haben. Mir ist diese Streichung zweifelhaft: siehe Erkl. 63 unter 1.

3) So Goeschen, HS. eto. Da eine Kopula fehlen dürfte, könnte man auch denken an eine Auflösung eto = etoportet; und müßte vorher ein esto einschieben. Auf diese Weise erhielte man folgende Fassung: 'heres meus dare damnas ⟨esto⟩ et oportet sinere L. Titium rel.

4) HS. Sticum.

5) Am Ende einer Zeile ausgefallen.

6) HS. pro.

7) HS. damna cont. nem.

esse coeperit, quaeritur[1]), an utile sit legatum. Et plerique putant inutile esse.

Quid ergo est?[2]) Licet aliquis eam rem legauerit, quae neque eius umquam fuerit neque postea heredis eius umquam[3]) esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde uidetur, ac si per damnationem relicta esset.

213. Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatari efficitur, sed manet heredis,

eo usque donec is heres[4]) tradendo uel mancipando uel in iure cedendo legatari eam fecerit:

ita et in sinendi modo legato iuris est. Et ideo[5]) huius quoque legati nomine in personam actio est 'quidquid heredem ex testamento dare facere oportet'.

214. Sunt tamen qui putant ex hoc legato non uideri[6]) obligatum heredem, ut mancipet aut iu iure cedat || aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur; quia[7]) nihil ultra ei testatori imperauit, quam ut[8]) sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere. 215. Maior illa dis- HS. S.

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 200.

2) Einem Quid ergo est? sind wir schon II, 151a und einem Quid ergo esto? II, 125 bei Nachgajanern begegnet.

3) So Goeschen. HS. umq = umque, Vertauschung von Abkürzungen.

4) Polenaar hat heres gestrichen. Ihm folgen Kr., Huschke S. K., Girard; Huschke[4] ersetzte heres durch rem. Was sollte is heres auch bedeuten? Ich habe Rtsgel. Gaj. S. 49 daran gedacht, is als bestimmten Artikel zu nehmen. Wenn man sich indes darauf beschränkt eo usque.. fecerit als nachgajanische Zutat zu betrachten, ließe sich is heres auch übersetzen: 'ein solcher Erbe'; d. i. ein Erbe, der mit einem Damnationslegat belastet.

5) Siehe zu II, 204.

6) Gajanisch: siehe zu II, 195.

7) Gajanisch: siehe zu II, 198.

8) HS. ui: vgl. Bd. 1 S. 337.

sensio in hoc legato interuenit, si eandem rem[1]) duobus pluribusue disiunctim[2]) legasti. Quidam putant utrisque[3]) solidam deberi sicut per (damnationem legatam, alii partes ad singulos pertinere sicut in legato per)[4]) uindicationem; nonnulli occupantis esse meliorem condicionem aestimant, q u i a[5]), cum eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat, sequitur, ut, si priori patientiam praestiterit et is, si[6]) rem sumpserit, securus[7]) sit aduersus eum qui postea legatum petierit: q u i a neque habet[8]) rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quominus eam rem haberet.

216. Per praeceptionem hoc modo legatum damus[9]) 'L. Titius[10]) hominem Stichum praecipito'.

217. Sed n o s t r i quidem p r a e c e p t o r e s[11]) nulli ali eo modo legari posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset[12]): praecipere enim esse praecipuum sumere, quod tantum in

---

1) HS. res: Vertauschung von Abkürzungen.

2) HS. disiuctim.

3) P o l. ändert in utrique. Wir begegnen einem solchen Plural aber auch III, 167a. Der Plural weist hin auf die Zusammengehörigkeit: siehe K a l b, Spez. gram. S. 83.

4) Meines Erachtens ist vor uindicationem mehreres ausgefallen. G o e s c h e n schrieb statt dessen damnationem; ihm folgt H u s c h k e. P o l. streicht sicut per uindicationem; ihm folgen Kr. und G i r a r d.

5) Gajanisch: siehe zu II, 214.

6) G o e s c h e n is. HS. isi = is si. Man könnte auch denken an is sibi.

7) So G o e s c h e n. HS. secuturus. Einschub einer Silbe mit einem ähnlichen Anlaute, wo es nicht am Platze war.

8) HS. habe.

9) HS. legatumus. G o e s c h e n legamus.

10) So G o e s c h e n, HS. Titious.

11) Gajanisch: siehe zu II, 200.

12) So H e f f t e r. HS. esse.

eius personam[1]) procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.

218. Ideoque[2]) si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum: adeo ut[3]) Sabinus[4]) ‖ existi- HS S. 1
mauerit ne quidem ex senatusconsulto[5]) Neroniano posse conualescere. Nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae uerborum uitio iure ciuili non ualent; non quae propter ipsam personam legatari non deberentur. Sed Iuliano et Sexto[6]) placuit[7]) etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: nam ex uerbis etiam hoc casu accidere, ut iure ciuili inutile sit legatum;

Unde manifestum est[8]), quod[9]) eidem alis uerbis recte legatur: ueluti per[10]) uindicationem et per damnationem, [sinendi modo][11]).

1) Goeschen persona.

2) Gajanisch: siehe zu II, 198.

3) Gajanisch: siehe zu II, 151.

4) Gajanisch: siehe zu II, 195.

5) So Goeschen. HS. ex c̄oc. Hier wäre x zu nehmen für xs: siehe Bd. 1 S. 337; während das zweite c vertauscht sein wird mit s. So erhielten wir exsc̄os = ex senatusconsulto.

6) Darunter ist Pomponius zu verstehen: Rtsg. Gaj. S. 8.

7) Gajanisch: siehe zu II, 196.

8) Unde manifestum est steht unvermittelt da. Goeschen hat es der Konstruktion anzupassen versucht, indem er es ersetzte durch inde manifestum esse.

9) Bei den quod-Sätzen, die an Stelle eines Akkusativs mit dem Infinitiv treten, ist nach Beseler, Beiträge I S. 53 flg. große Vorsicht zu empfehlen. Ganz abhold kann indes Gajus diesem Sprachgebrauche nicht gewesen sein. Dies beweist I, 188. Berger KrVSch. Bd. 50 S. 436 nennt als weitere Belegstellen: II, 37. 78. 218. Indes die beiden ersteren Stellen sind von mir bereits aus anderen Gründen Nachgajanern überwiesen, und ebenso dürfte es sich mit unserer Stelle verhalten.

10) HS. pro.

11) Lachmann erklärt per uindicationem et per damnationem für späteren Zusatz; Pol. streicht ueluti .. modo; Goeschen schrieb:

tunc autem uitio personae legatum non ualere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit: uelut peregrino, cum quo testamenti factio non sit. Quo plane casu senatusconsulto locus non est. **219.** Item nostri praeceptores[1]) quod ita legatum est nulla ⟨alia⟩ ratione[2]) putant consequi eum[3]) cui ita fuerit[4]) legatum quam[5]) iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est diuidunda, accipi solet[6]); officio enim iudicis id contineri, ut ei quod per praeceptionem legatum est adiudicetur.

220. Unde[7]) intellegimus[8]) nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum[9]) opinionem per praceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit: nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium.

220 a. Itaque si non suam rem eo modo testator legauerit, || iure quidem ciuili inutile erit legatum, HS. S. 111
sed ex senatusconsulto[10]) confirmabitur. Aliquod[11])

---

per uindicationem, per damnationem, sinendi modo; an Goeschen lehnen sich an Kr., Huschke, Girard. Allein das ueluti erfordert doch, daß nur ein oder zwei Beispiele, nicht alle sonstigen Legatsformen angeführt werden, so mag denn sinendi modo der spätere Zusatz eines zweiten Nachgajaners sein.

1) Gajanisch: siehe zu II, 217.

2) Gajanisch: siehe zu II, 188.

3) HS. cum.

4) So Goeschen, HS. fuerint.

5) So Goeschen, HS. quod. Lachmann verlangte außerdem Einschiebung eines alia vor ratione.

6) Gajanisch: siehe zu II, 154.

7) Gajanisch: siehe zu II, 172.

8) Gajanisch: siehe zu II, 190.

9) Gajanisch: siehe zu II, 219.

10) HS. exenatusconsulto.

11) Alter Ablativ: siehe Bd. 1 S. 340.

tamen casu etiam alienam rem ⟨per⟩[1]) praeceptionem legari posse fatentur: ueluti si quis eam rem legauerit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit. Nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant solutam pecuniam soluere, eam rem ut possit praecipere[2]), ei cui ita legatum sit. **221.** Sed d i u e r s a e s c h o l a e[3]) a u c t o r e s[4]) putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur 'Titius hominem Stichum capito', superuacuo adiecta praesyllaba 'prae'[5]); i d e o q u e[6]) per uindicationem ea⟨m rem⟩[7]) legatam u i d e r i[8]). Quae sententia dicitur d i u i H a d r i a n i[9]) constitutione modo[10]) confirmata esse. **222.** Secundum hanc igitur

---

1) p = per vor praeceptionem ausgefallen.

2) HS. pcipere = percipere statt praecipere. Eine weitere Änderung ist meines Erachtens nicht nötig: die Miterben können durch den Teilungsrichter gezwungen werden, das vom Gläubiger gezahlte Geld, solutam pecuniam, dem Legatar zu zahlen, soluere ei cui ita legatum sit, damit dieser die Sache vorwegnehmen könne. Dazu ist nämlich Remanzipation von Seiten des Gläubigers erforderlich. G o e s c h e n änderte soluta pecunia soluere eam rem, ut possit praecipere is. L a c h m a n n ersetzte dann soluere durch luere. Diesem G o e s c h e n - L a c h m a n n schen Vorschlage folgen die meisten bisherigen Herausgeber.

3) So G o e s c h e n, HS. ed diuelse sole s = ed diuersae scholae s. Das ed diuelse sole wird eine nachträgliche Berichtigung sein, die aber versehentlich vor dem s statt hinter demselben ihren Platz gefunden hat.

4) Gajanisch: siehe zu II, 200.

5) Das undeutliche p oder r der HS. wird als prae zu nehmen sein, das voraufgehende prae gehört zu syllaba. Es ist zu übersetzen: nachdem überflüssiger Weise die Vorsilbe prae hinzugefügt worden.

6) Gajanisch: siehe zu II, 218.

7) Ergänzung von G o e s c h e n.

8) Gajanisch: siehe zu II, 214.

9) Gajanisch: siehe zu II, 163. Bemerkenswert ist die mündliche Mitteilung: siehe darüber Rtsgel. Gaj. S. 70.

10) Das von allen abgeworfene m der HS. dürfte als modo 'jetzt' zu halten sein.

opinionem si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, posse[1]) a legatario uindicari, siue is unus exheredibus sit siue extraneus. Quodsi in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi uero familiae herciscundae iudicis officio praestabitur.

Quodsi nullo iure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatusconsulto utile erit[2]).

223. Siue tamen heredibus secundum nostrorum opinionem siue etiam extraneis secundum illorum opinionem duobus pluribusue eadem res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli || partes habere debent. HS. S. 112

Ad legem Falcidiam Rubrica.

224. Sed olim[3]) quidem licebat totum patrimonium legatis

atque libertatibus[4])

erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam[5]) inane nomen heres[6]). Idque lex XII ta-

---

1) Pol. schiebt paret ein, die meisten ändern in potest. Meines Erachtens soll posse die Ansicht der anderen Schule wiedergeben. Es ist demnach aus dem Voraufgehenden putant zu ergänzen, oder ein derartiger Begriff dem opinionem zu entnehmen.

2) Da die HS. bei Quodsi absetzt, könnte dieser Satz später nachgetragen sein. Daß die Sabinianer mit der hier entwickelten Regel im allgemeinen ebenfalls einverstanden waren, ersehen wir aus II, 220ª.

3) HS. olum. Gajanisch: siehe zu II, 143.

4) Diese Worte werden auf Grund von II, 228 später nachgetragen sein, denn die drei Plebiszite bringen nichts über Freilassungen.

5) Gajanisch: siehe zu I, 192.

6) HS. h = heres. Studemund 270, 3 setzt freilich h = heredis. Dafür fehlt es aber an sonstigen Beispielen. Heredis, wie alle bisherigen Herausgeber schreiben, ist demnach eine Textänderung. Ob dieselbe nötig? In ähnlicher Weise findet sich statt des partitiven Genitivs die Apposition: siehe darüber im allgemeinen Schmalz Lat. Synt.³ S. 225. Wir sagen doch auch: nichts hinterlassen als den leeren Namen Erbe.

bularum permittere uidebatur[1]), qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis 'uti legassit suae rei[2]), ita ius esto'[3]).

225. Quod saepe[4]) qui scripti heredes erant ab hereditate se abstinebant et idcirco[5]) plerique intestati moriebantur: itaque lata est lex Furia, qua[6]), exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisue causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit quod uoluit: qui enim uerbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.

226. Ideo[7]) postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisue causa capere liceret, quam heredes caperent[8]).

Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere uidebantur[9]), sed tamen fere uitium simile nascebatur[10]): nam in multas legatariorum per-

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 221.

2) HS. legasset suae res.

3) Vollständig lautet der Satz der Zwölftafeln V, 3: Uti legassit super pecunia (m) tutelaue suae rei, ita ius esto. Meines Erachtens ist aber suae rei durch sui aerei = sui heredis zu ersetzen: siehe Bd. 1, S. 247 flg.

4) HS. qaae statt qsae ⁄pe⁄ = quod saepe. Goeschen quare, Pol. qua aetate, Kalb R. J. S. 59 Anm. 2 qua de causa.

5) Idcirco, dem wir nur dies eine Mal in den Institutionen begegnen, wird wohl der Vorlage schon angehört haben. Abgesehen hiervon ist idcirco V.-I. R. III, 293 bei Gajus nur vertreten durch fr. 44 ad leg. Iul. de ad. 48, 5.

6) HS. $\bar{q}$ = quae statt $\overset{a}{q}$ = qua.

7) Das allein stehende Ideo wird der Vorlage wohl schon angehören, ebenso wie et ideo: siehe zu II, 213.

8) HS. caperentur.

9) Gajanisch: siehe zu II, 224.

10) HS. nascebantur.

sonas distributo patrimonio poterat[1]) adeo heredi minimum relinquere, ut[2]) non expediret heredi huius lucri gra tia[3]) totius hereditatis onera sus- HS. S. 113
tinere.

227. Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem[4]). Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat;

et hoc nunc[5]) iure utimur.

228. In libertatibus quoque dandis nimiam licentiam conpescuit lex Fufia Caninia, sicut in primo commentario[6]) rettulimus.

Rubrica. De inutiliter relictis legatis. Rubrica.

229. Ante heredis institutionem inutiliter[7]) legatur, scilicet[8]) quia testamenta uim ex institutione heredis accipiunt;

et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur[9]) totius testamenti heredis institutio. 230. Pari ratione[10]) nec libertas ante heredis institutionem dari potest.

231. Nostri praeceptores[11]) nec tutores[12]) eo

---

1) Böcking und Pol. ändern in poterant; Kr. und Huschke schieben hier testator ein, das schon Goeschen hinter relinquere einfügen wollte. Meines Erachtens ist zu diesem poterat dasselbe Subjekt anzunehmen, wie zu dem poterat in § 225, auf das auch im § 227 mit ei hingewiesen wird.

2) Gajanisch: siehe zu II, 218.

3) HS. gratiam.

4) HS. dodramtem.

5) Gajanisch: siehe zu II, 143.

6) Gajanisch; siehe zu II, 145. Vgl. I, 42—46.

7) HS. utiliter, wozu die Vorsilbe von institutionum mithinüberzunehmen. Vgl. I. I. II, 20 § 34.

8) Siehe zu II, 112.

9) Gajanisch: siehe zu II, 220.

10) Gajanisch: siehe zu II, 219.

11) Gajanisch: siehe zu II, 220. HS. praeceptor.

12) Goeschen tutorem.

loco dari posse existimant[1]; sed Labeo et Proculus tutorem posse dari, quod[2] nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.

232. Post mortem quoque heredis inutiliter legatur, id est hoc modo 'cum heres meus mortuus[3] erit, do lego', aut 'dato'.

Ita autem recte[4] legatur 'cum heres[5] moriatur'[6]: quia[7] non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo uitae eius tempore. Rursum ita non potest legari 'pridie quam heres meus morietur': quod non pretiosa ratione[8] receptum uidetur[9].

233. || Eadem et de libertatibus dicta intellegemus[10]. Hs. S.

234. Tutor uero an post mortem heredis dari possit quaerentibus?[11] Eadem forsitam[12] poterit esse quaestio, quae[13] de (tutore)[14] agitatur, qui ante heredum institutionem datur. De poenae causa relictis legatis.

---

1) Hs. exsitimantur.

2) Dieses quod könnte schon auf Labeo und Proculus zurückgehen.

3) Hs. mortus.

4) Gajanisch: siehe zu I, 132.

5) Böcking schiebt meus ein.

6) Goeschen, Kr., Huschke, Gir. morietur. Indessen moriatur bestätigt Ulp. 24, 16, wo freilich Kr. mit Lachmann ebenfalls morietur gesetzt hat. Es handelt sich um jemand, der im Sterben liegt. Andererseits begegnen wir auch einem cum morietur II, 277. Ferner heißt es bei Pap. fr. 79 § 1 de cond. 35, 1: heres meus, cum ipse morietur; und bei Ulp. fr. 4 quando dies 36, 2: cum heres morietur.

7) Gajanisch: siehe zu II, 215.

8) Gajanisch: siehe zu II, 230.

9) Gajanisch: siehe zu II, 226.

10) Gajanisch: siehe zu II, 229.

11) Hier scheint mir eine Ellipse vorzuliegen. Man ergänze etwa: quid dicemus?

12) Sprach in II, 64 forsitan schon für nachgajanischen Ursprung, so wird dies um so mehr von forsitam gelten. Nach Bonnet Arch. Bd. 1 S. 557 gehört diese Form erst dem späteren Altertum an.

13) Hs. quam, Verwechselung von Abkürzungen.

14) Goeschen schiebt eo ein.

235. Poenae quoque nomine inutiliter legatur.

Poenae autem nomine legari u i d e t u r[1]) quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat: ueluti quod ita legatur 'si heres meus filiam s(u)am Titio in matrimonium collocauerit, X[2]) Seio dato'; uel ita 'si filiam Titio in matrimonium non collocaueris, X milia Titio dato'. Sed et 'si heres' uerbi gratia 'intra biennium monumentum sibi non fecerit', X Titio dari iusserit[3]): poenae nomine legatu(m est)[4]). Et denique[5]) ex ipsa definitione multas similes species circumspicere[6]) possumus.

236. Nec libertas quidem poenae nomine dari potest, quamuis de ea re fuerit q u a e s i t u m[7])

237. De tutore uero nihil possumus q u a e r e r e[8]),

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 232[a].

2) Goeschen schaltet milia ein.

3) Das iusserit erregt Anstoß. Wäre das Beispiel regelmäßig fortgeführt, so hätte man etwa iubeo erwartet. Dubois bringt verschiedene Änderungsversuche. Lachmann hält den Text aufrecht: man müsse nur aus dem einen si ein zweites für das iusserit entnehmen. In gleicher Weise verfährt Lachmann schon II, 155, wo wir es freilich auch mit einem Nachgajaner zu tun haben, wo mir aber die Annahme einer Lücke wahrscheinlicher vorkommt. Daß Nachgajaner zuweilen ein si fortlassen, ersehen wir übrigens aus II, 141. Auch sonst fehlen bei ihnen Konjunktionen: z. B. I, 47 quod oder cum vor cautum sit; I, 114 ut vor apud eum filiae loco sit. Außer dem Latein dürfte auf nachgajanischen Ursprung hinweisen die Häufung der Beispiele: siehe zu I, 195[a b c]; II, 14[a] 87.

4) So Goeschen.

5) Nachahmung gajanischen Sprachgebrauches: siehe zu II, 13.

6) Circumspicere, wie wir doch wohl lesen müssen und wie schon Huschke in den Text aufgenommen hat, ist ein seltenes Wort, das sich zwar bei Liu. 1, 30 § 6 findet, aber in der Rechtssprache sonst nicht vorkommt. Wir können es etwa übersetzen: ausspähen, beobachten. Wegen circumspecte siehe V. I. R. I, 746.

7) Gajanisch: siehe zu II, 212. Wie in den §§ 230. 233 ist auch hier die Freilassung erst von Gajus angeschlossen.

8) Gajanisch: siehe zu II, 236.

quia[1]) non potest[2]) datione tutoris heres conpelli quidquam facere aut non facere. Ideoque[3]) datur poenae n⟨omi⟩ne ⟨tutor non inutiliter, et qui⟩[4]) tutor datus fuerit, magis sub condicione quam poenae nomine datus uidebitur[5]).

238. Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. Incerta autem uidetur[6]) persona, quam per incertam opinionem ‖ animo suo testator subicit[7]). HS. S

Ve⟨luti si⟩[8]) ita legatum sit 'qui primus ad funus meum uenit[9]) ⟨ei heres⟩[10]) meus X[11]) dato'. Idem iuris est, si generaliter omnibus legauerit 'quicumque ad funus meum uenerit'. I⟨n⟩ eadem causa est quod ita relinquitur 'quicumque filio meo in matrimonium filiam suam conlocauerit, ei heres meus X milia dato'. Illud quoque in eadem causa est[12]) quod ita relinquitur ⟨'qui pos testamentum scriptum gener mihi erit'.

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 232.

2) HS. post.

3) Gajanisch: siehe zu II, 221.

4) Irgend etwas muß hier ausgefallen sein. Andere Vorschläge siehe bei Dubois.

5) Gajanisch: siehe zu II, 235.

6) Gajanisch: siehe zu II, 237.

7) HS. subicitur.

8) Goeschen uelut si; Kr. und Huschke uelut cum.

9) Goeschen uenerit wegen der folgenden Futura uenerit, conlocauerit. Ob eine Textänderung nötig? Ich möchte aus dem Präsens uenit eher schließen, daß wir hier das älteste Beispiel vor uns haben, dem später andere angefügt wurden. Vgl. über die futurale Verwendung des Präsens Landgraf, Hist. Gr. der lat. Spr. Bd. 3 Heft 1 S. 108 flg. Auf späteren Anschluß weisen auch hin das Idem iuris est, In eadem causa est usw.

10) Einschaltung von Goeschen.

11) Goeschen fügt hinzu milia.

12) Huschke, Kr., Gir. streichen in eadem causa est in Anlehnung an I. I. II, 20 § 25. Mir ist die Annahme einer Lücke hinter relinquitur wahrscheinlicher.

Item (quod ita relinquitur)[1] 'qui pos[2]) testamentum consules[3]) designati erunt' aeque incertis personis legari uidetur. Et denique[4]) aliae multae huiusmodi species sunt.

238a. Sub certa uero demonstratione incertae personae recte[5]) legatur: ueluti 'ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum uenerit, ei X milia heres meus dato'. **239.** Libertas quoque non uidetur[6]) incertae personae dari posse, quia[7]) lex Fufia Caninia iubet nominatim[8]) seruos liberari. **240.** Tutor quoque certus dari debet[9]).

241. Postumo quoque alieno inutiliter legatur. Est autem[10]) alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est.

---

1) Ergänzung auf Grund von c. un. § 27 de inc. pers. 6, 48 vom J. 528 oder 529: ἢ τὸν ἐπιγαμβρεύοντα αὐτῷ.

2) Goeschen post. Indessen pos ist eine Nebenform von post: siehe darüber Stolz, Hist. Gr. Bd. 1 S. 335; Seelmann S. 368. Wir begegnen ferner III, 113 pos tempus; III, 100. 119. 158 pos mortem. Auf den Soldatendiplomen heißt es seit 216 n. Chr. pos templum, vorher post templum: siehe Mommsen, Eph. epigr. I pag. 78 und Dessau, Inscr. Lat. I n. 1998—2006 einerseits, n. 2007—9 andererseits. Ich möchte um deswillen aber nicht beim pos der Veroneser HS. auf nachgajanischen Ursprung schließen, zumal ein pos tempus schon für die Zeit der Republik bezeugt wird: C. I. L. I, n. 1454.

3) I. I. II, 20 § 25 heißt es genauer: post testamentum scriptum primi consules. Demgemäß hat auch Huschke scriptum primi vor consulus eingeschoben.

4) Gajanisch: siehe zu II, 13.

5) Gajanisch: siehe zu II, 232.

6) Gajanisch: siehe zu II, 238.

7) Gajanisch: siehe zu II, 237.

8) HS. nominatum.

9) Die §§ 238a—240 bilden in der HS. einen besonderen Absatz und werden später, vermutlich von Gajus, hinzugefügt sein.

10) So schon Goeschen in Anlehnung an I. I. II, 20 § 26. Die HS. hat hinter legat fünf Buchstaben, für die Studemund autem in den Text gesetzt, die er aber für sehr unsicher erklärt. So

Ideoque[1]) ex mancipato[2]) ⟨quo⟩que[3]) filio conceptus nepos extraneus post⟨umus est.

Item qu⟩i[4]) in utero est eius, quae in iure ciuili[5]) non intellegitur uxor, extraneus postumus patris intell||egitur[6]). HS. S.

242. Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus: est enim incerta persona.

243. Cetera uero quae supra diximus ad legata proprie pertinent.

Quamquam non inmerito quibusdam placeat[7]) poenae nomine heredem institui non posse. Nihil enim interest[8]), utrum legatum dare iubeatur heres, si fecerit aliquid aut non fecerit; an coheres ei adiciatur: quia[9]) tam coheredis adiectione quam legati datione compellitur, ut aliquid contra propositum suum faciat aut non faciat.

244. An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte[10]) legemus[11]), quaeritur[12]). Seruius recte legari putat, sed euanescere legatum,

---

wird man statt dessen wohl fünf Buchstaben wählen dürfen, die I. I. entsprechen. Entweder est at = est autem, indem man legat für legatur nimmt, oder ureat.

1) Gajanisch: siehe zu II, 237.

2) Siehe zu II, 135. Die meisten ändern in emancipato.

3) Ergänzung von Goeschen.

4) So ergänzen Kr. und Huschke.

5) in mit dem Ablativ statt des abl. instr. ist Spätlatein. Siehe Bonnet Grég. de Tours S. 616. So wird wohl das zweite Beispiel auf einen Nachgajaner zurückgehen.

6) HS. intellegit.

7) Gajanisch: siehe zu II, 218. Auch dem Konjunktiv placeat neben quamquam sind wir schon bei Gajus begegnet II, 154.

8) Gajanisch: siehe zu II, 144.

9) Gajanisch: siehe zu II, 239.

10) Gajanisch: siehe zu II, 238a.

11) HS. lecemus. Ein Uebergang und Schwanken von c und g zwischen Vokalen ist auch sonst zu beobachten: Seelmann S. 347.

12) Gajanisch: siehe zu II, 237.

si, quo tempore dies cedere solet[1]), adhuc in potestate[2]) sit; ideoque[3]) siue pure legatum sit et uiuo testatore in potestate heredis esse desierit, siue sub condicione et ante condicionem id acciderit, deberi legatum. Sabinus[4]) et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte putant. Licet enim uiuo testatore possit desinere in potestate heredis esse; ideo tamen inutile legatum intellegi[5]) oportere, quia[6]) quod nullas uires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessiset testator, hoc ideo ualere, quia uitam[7]) longius traxerit, absurdum esse(t. Sed)[8]) ‖ di- Hs. S. 117
uersae scholae[9]) auctores[10]) nec sub condicione recte legari[11]), quia, quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus. **245.** Ex diuerso[12]) constat ab eo qui in potestate[13]) est herede instituto recte[14]) tibi legari. Sed si tu per eum heres extiteris, euanescere legatum, quia[15]) ipse tibi legatum debere

1) Gajanisch: siehe zu II, 219.

2) Hs. pote, das auf Grund des voraufgehenden potestate zu vervollständigen.

3) Gajanisch: siehe zu II, 241.

4) Gajanisch: siehe zu II, 218.

5) Gajanisch: siehe zu II, 233.

6) Gajanisch: siehe zu II, 243.

7) So Goeschen. Hs. utitam: überflüssiges t zwischen zwei Vokalen.

8) Einfügung von Studemund.

9) Hs. sicholae. Ob überflüssiges i? Oder ob si an die Stelle von voraufgehendem sae treten sollte? Wir stoßen nämlich S. 154, 17 = III, 98 in der Tat auf diuersi scolae auctores.

10) Gajanisch: siehe zu II, 221.

11) Goeschen schiebt hier putant ein.

12) Gajanisch: siehe zu II, 137.

13) Goeschen schiebt tua ein.

14) Gajanisch: siehe zu II, 244.

15) Gajanisch: siehe zu II, 244.

non possis; si uero filius emancipatus aut seruus manumissus erit uel in alium translatus et ipse heres extiterit aut alium fecerit, deberi legatum[1]).

246. Hinc[2]) transeamus ad fideicommissa.

247. Et prius de hereditatibus uideamus.

248. Inprimis igitur sciendum est[3]) opus esse, ut aliquis recto iure[4]) instituatur. Eiusque fidei committebatur[5]), ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur[6]). **249.** Verba autem [utilia][7]) fideicommissorum haec [recte][8]) maxime in usu esse uidentur 'peto' 'rogo' 'uolo' 'fidei committo'[9]): quae proiude firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.

250. Cum igitur scripserimus 'Titius[10]) heres esto', possumus adicere 'rogo te, Luci Titi, petoque a te, ut, cum primum possis hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas, restituas'[11]). Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est uel sub condicione uel pure relinquere || fideicommissa uel ex die certa. HS. S

1) Gajus hat hier, wie anderswo, siehe II, 231, eine Streitfrage zwischen den beiden Schulen nachgetragen.

2) I. I. II, 23 pr. haben Nunc, das Goeschen befürwortete und viele Herausgeber in den Text gesetzt haben.

3) Könnte nachgajanisch sein: siehe zu II, 88.

4) recto iure für recte kommt nur hier vor und gleich zweimal: siehe V. I. R. V, 36.

5) HS. committabatur, infolge von Assimilation für committebatur. I. I. II, 23 § 2 bringen committatur, was eine Verbesserung sein könnte.

6) Daß Erbeseinsetzung eine Voraussetzung des Testamentes, wird hier zum Ueberdruß wiederholt. Beim Erbschaftsfideikommiß war das doch einigermaßen selbstverständlich.

7) fehlt I. I. II, 24 § 3 und wird wohl von einem zweiten Nachgajaner hinzugefügt sein.

8) fehlt ebenfalls I. I. II, 24 § 3.

9) Bei den Worten fehlt noch mando: I. I. II, 24 § 3.

10) Vor Titius ist vielleicht L. ausgefallen.

11) HS. restuas.

251. Restituta autem hereditate[1]) is qui restituit nihilo minus heres permanet; is uero qui recipit hereditatem aliquando heredis loco est aliquando legatari[2]).

252. Olim[3]) autem ne[4]) heredis loco erat nec legatari, sed potius emptoris. Tunc enim in usu[5]) erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa uenire; et quae stipulationes (inter uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur)[6]) inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut, quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, siue quid alias bona fide dedisset[7]), eo nomine indemnis esset[8]), et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte[9]) defenderetur; ille uero qui recipiebat hereditatem inuicem stipulabatur, ut, si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

253. Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus[10]) senatusconsultum

---

1) HS. hereditatem.

2) So weit scheint die Vorlage zu gehen, die demnach die Entwicklung, welche durch das S. C. Trebellianum und Pegasianum eintrat, noch kurz andeutet, mithin die Zeit unter Vespasian, 69—79, noch erfaßt.

3) Mit Olim setzt Gajus ein: siehe zu II, 224. Er schildert genauer den Entwicklungsgang des Erbschaftsvermächtnisses.

4) Dieses ne hat man bisher meistens in nec verwandelt. Ich nehme es wieder in der Bedeutung von ne quidem: siehe zu II, 198.

5) HS. insu.

6) Einschaltung von Goeschen.

7) HS. dedisse.

8) HS. indenis set.

9) Gajanisch: siehe zu II, 245.

10) d. i. im Jahre 56 n. Chr.: Klein, Fasti con. p. 36.

factum est, quo cautum est, ut, si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure ciuili heredi et in heredem conpeterent, ⟨ei⟩ [1]) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Per quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi: ‖ praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi [2]) heredi et in heredem dare coepit; haeque [3]) in edicto proponuntur. ℌ𝔖.

254. Sed rursus quia [4]) heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant atque ob id extinguebantur fideicommissa, prae [5]) Pegaso et Pusione senatus censuit, ut ei, qui rogatus est [6]), hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendis [7]) conceditur.

Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relincuntur, eadem retentio permissa est [8]).

---

1) am Ende einer Zeile ausgefallen.

2) Gajanisch: siehe zu II, 198.

3) ℌ𝔖. aeque, dem eher haeque als eaeque entsprechen dürfte.

4) Gajanisch: siehe zu II, 245.

5) ℌ𝔖. p. = prae. Ich wage nicht zu ändern. Handii Tursellinus bemerkt Bd. 4 S. 523: Quod prae aliquo fit, fit eo praesente, eo adstante. Angeführt wird Apulei. de deo Socr. p. 51, 2 (155 cap. 16): prae istis custodibus. Die bisherigen Herausgeber ändern gemäß I. I. II, 23 § 5 in: postea Pegaso et Pusione consulibus.

6) I. I. II, 23 § 5 esset.

7) Es soll ihm erlaubt sein, das Viertel ebenso abzuziehen, wie es gestattet wird nach dem Falcidischen Gesetz bei den dem Abzuge unterliegenden Legaten. Eine Aenderung des Textes scheint mir nicht nötig zu sein. Kr. mit I. I. II, 23 § 5 retinere; Huschke retinendi ius.

8) Der ausgerückte Satz unterbricht den Zusammenhang und wird später eingeschoben sein. Kr. hat sich damit begnügt, ihn in

Per quod senatusconsultum ipse[1] onera hereditaria sustinet, ille autem, qui ex fideicommisso reliquam[2] partem hereditatis recipit, legatari partiari loco est, id est eius legatari, cui pars bonorum legatur: quae species legati partitio uocatur, quia[3] cum herede legatarius partitur hereditatem. Unde effectum est, ut, quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem[4] interponantur intereum, qui ex fideicommissi causa recipit[5] hereditatem, et heredem: id est, ut et[6] lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit[7].

255. Ergo si quidem non plus quam[8] dodrantem || HS. S. 120
hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas. Sed in utrumque actiones hereditariae pro rata

---

runde Klammern zu setzen. Die Ausdehnung des Falcidischen Gesetzes auf das Fideikommiß einzelner Sachen könnte schon früher erfolgt sein.

1) Unter ipse den qui rogatus est zu verstehen, wird uns um so leichter, wenn wir den voraufgehenden Satz ausschalten. I. I. II, 23 § 5 schieben heres ein, und ihnen folgen die meisten Herausgeber.

2) HS. relinquam.

3) Gajanisch: siehe zu II, 245.

4) Für eaedem. Im Spätlatein werden die Genera häufig vertauscht, insonderheit Feminina als Neutra behandelt: vgl. Bonnet, Grég. S. 503.

5) HS. recipi.

6) So I. I. II, 23 § 5; HS. ē., das als Abkürzung von et sonst nicht vorkommt: siehe Studemund S. 266, Zle. 13.

7) Mit Unde, wo die HS. einen Absatz macht, setzt hier wohl ein Nachgajaner ein. Unde und solent wären dann Nachahmung Gajanischen Lateins. Anhaltspunkte gewähren weiter eadem und et. Hauptgrund: der Inhalt dieses Satzes kehrt noch einmal und zwar genauer wieder im § 257.

8) HS. quan.

9) I. I. II, 23 § 6 et und so die bisherigen Herausgeber. Allein dieses Sed bildet zunächst einen Gegensatz zum voraufgehenden ipse onera hereditaria sustinet des § 254; sodann kommt der folgende Quamquam-Satz in Betracht, den I. I. freilich fortgelassen haben.

parte dantur[1]): in heredem quidem iure ciuili; in eum uero, qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano. Quamquam heres etiam pro ea parte quam restituit heres permanet[2]), eique et in eum solidae actiones competunt[3]); sed non ulterius oneratur nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis permanet. **256.** At si quis plus quam dodrantem uel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est[4]) Pegasiano senatusconsulto. **257.** Sed is qui semel[5]) adierit hereditatem, si modo sua uoluntate adierit, siue retinuerit quartam partem, siue noluerit retinere, ipse uniuersa onera hereditaria sustinet[6]). Sed quarta quidem retenta q u a s i[7]) partis et pro parte stipulationes interponi debent, tamquam[8]) inter partiarium[9]) legatarium et heredem; si uero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emtae et uenditae hereditatis stipulationes interponendae sunt. **258.** Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse q u a s i[10]) damnosam, cauetur Pegasiano[11]) senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu || praetoris adeat et restituat, proindeque HS. S.

---

1) HS. dant.

2) HS. permanent.

3) Wegen dieses competunt vgl. z. B. IV, 112 und dazu Schott Gewähren des Rtsch. S. 98 Anm. 17.

4) HS. et.

5) HS. smel.

6) HS. sustinetur.

7) Gajanisch: siehe zu II, 253.

8) Siehe zu II, 180. Hier kann der Gebrauch von tamquam um so weniger auffallen, als quasi unmittelbar voraufging.

9) HS. partiarum.

10) Gajanisch: siehe zu II, 257.

11) So Goeschen, HS. casiano.

ei et in eum qui receperit[1]) actiones dentur ac iuris esset[2]) ex senatusconsulto Trebelliano. Quo casu nullis stipulationibus opus est, quia[3]) simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem.

259. Nihil autem interest[4]), utrum aliquis ex asse heres instituatur[5]) (an ex parte, et si ex asse heres instituatur,) aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur; an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur: nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio[6]) ex Pegasiano[7]) senatusconsulto haberi solet[8]).

260. Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere: uelut fundum, hominem, uestem[9]), argentum, pecuniam; et uel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, uel legatarium, quamuis a legatario legari non possit.

261. Item potest non solum propria testatoris res per fideicommissum relinqui, sed etiam heredis aut legatari aut cuiuslibet alterius. Itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui[10]) restituat, quae ei legata sit, sed etiam de alia, siue ipsius legatari siue

---

1) I. I. II, 23 § 6 recipit hereditatem, weshalb auch hier viele hereditatem einschieben.

2) I. I. II, 23 § 6 est, das auch hier viele gesetzt haben.

3) Gajanisch: siehe zu II, 254.

4) Gajanisch: siehe zu II, 243.

5) I. I. II, 23 § 8 institutus und so die meisten bisherigen Herausgeber. Mir ist der Ausfall einer ganzen Zeile wahrscheinlicher.

6) Gajanisch: siehe zu II, 232.

7) HS. Pegasiono.

8) Gajanisch: siehe zu II, 244.

9) HS. ucteste: verschrieben ct und Tilgung unterlassen.

10) HS. aliqui.

aliena sit. Sed [1]) hoc solum obseruandum est, ne plus quisquam rogetur aliis restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam || quod amplius est, inutiliter relin- HS. S.
quitur.

262. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsum [2]) redimere et praestare, aut aestimationem ⟨eius⟩ soluere, ⟨sicut iuris est si⟩ [3]) per damnationem aliena [4]) res legata sit [5]).

262 a. Sunt tamen qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non uendat, extingui fideicommissum, sed aliam autem esse [6]) causam per damnationem legati.

263. Libertas quoque seruo per fideicommissum dari potest. ut uel heres rogetur manumittere uel legatarius.

264. N⟨ec interest [7]), utrum de suo propri⟩o [8]) seruo testator roget, an de eo, qui ipsius heredis

---

1) Sed, das I. I. II, 24 § 1 fehlt, wollen Kr., Hu., Pol., Gir. auch hier beseitigen. Indessen ein Gegensatz dürfte immerhin vorhanden sein: was bis dahin unbeschränkt behauptet, dem wird jetzt eine Schranke gesetzt.

2) I. I. II, 24 § 1 ipsam, und so die bisherigen Herausgeber. Aber man kann doch auch übersetzen: daß er selber kaufe oder den Wert zahle. Vielleicht bringt ipsam den Gegensatz genauer zum Ausdruck. Derartige Abweichungen kommen aber auch sonst vor, 'um die Kraft des Subjekts recht nachdrücklich hervorzuheben': vgl. Kühner-Stegmann, Gr. der lat. Spr. Bd. 2 Tl. 1 S. 632.

3) Ergänzungen von Goeschen. In der zweiten Lücke hat Bluhme gelesen s . . umiri . . . es.

4) So Goeschen, HS. alienam.

5) Der § 262 bildet in der HS. einen besonderen Absatz. Er wird nachgetragen, aber von Gajus schon vorgefunden sein.

6) Bluhme hat gelesen $\overset{c}{s}$'alia $\overset{ma}{\overline{at}}$ $\overline{ee}$. Also in erster Linie s'alia $\overline{at}$ $\overline{ee}$ = sed alia autem esse, das zu ersetzen wäre durch sed aliam autem esse. Wegen sed autem siehe Handii Turs. Bd. 1 S. 583. Einem at autem sind wir schon II, 181 bei einem Nachgajaner begegnet. Goeschen hat vorgezogen: sed aliam esse causam.

7) Gajanisch: siehe zu II, 259.

8) Ergänzt von Goeschen auf Grund von I. I. II, 24 § 2.

aut legatari uel etiam extranei sit. **265.** Itaque et alienus seruus[1]) redimi et manumitti debet. Quodsi dominus eum non uendat, sane extinguitur fideicommissa libertas, q u i a[2]) hoc ⟨casu⟩[3]) pretii computatio nulla interuenit.

266. Qui autem ex fideicommisso manumittitur non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris seruus ⟨fuerit⟩[4]) sed eius qui man⟨umit⟩tit[5]). **267.** At qui directo testamento liber esse iubetur, uelut hoc modo 'Stichus seruus[6]) liber esto' uel hoc 'Stichum seruum meum liberum esse iubeo', hi⟨c[7]) ipsius testa⟩[8])toris fit libertus. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris ex iur⟨e Quiritium fuerit, et quo f⟩ace⟨ret⟩[9]) testamentum et quo moreretur.

| R⟨ubri⟩ca. ⟨Quibus modis differant ea, quae per fideicom- HS.-S. 123
missum relincuntur, ab his, quae directo iure legantur⟩.

268. Multum autem diff⟨erunt ea⟩[10]), quae per fideicommissum relincuntur[11]), ab his, quae[12]) directo iure legantur. **269.** Nam ecce per fideicommissum magis[13]) quam testamento heredis ⟨relinquitur, si post mortem heredis

---

1) HS. serus.

2) Gajanisch: siehe zu II, 258.

3) Ergänzung von S t u d e m u n d.

4) Ergänzung von S t u d e m u n d.

5) Siehe I. I. II, 24 § 2.

6) Viele schieben meus ein.

7) Es liegt näher, das hi der HS. zu hic zu ergänzen, als ein is zu setzen.

8) Siehe I. I. II, 24 § 2.

9) Die Ergänzung rührt bereits von G o e s c h e n her, obwohl derselbe ex iur noch nicht gelesen hatte.

10) So K r. u. a., während sich G o e s c h e n mit differunt begnügte.

11) So K r. u. a.; G o e s c h e n relinquuntur; B l u h m e las reloantur.

12) So G o e s c h e n; HS. qui. Vertauschung von Abkürzungen.

13) B l u h m e eia. Das ich durch $\overline{\text{mg}}$ = magis ersetze.

relictum est: nam ita) relinqui potest, cum alioquin legatum nisi testamento heredis factum [1]) inutile sit.

270. Item intestatus [2]) moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fidei(commissum) [3]) alicui relinquere, cum alioquin ab eo legari non possit.

270a. (Item legatum codicillis) [4]) relictum non aliter ualet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est nisi in testamento caue(rit sibi) [5]) testator, ut, quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit; fideicommissum uero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest.

271. Item a legatario legari non potest, sed fideicommissum relinqui potest; quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus ali per fideicommissum relinquere possumus. 272. Item seruo alieno directo libertas dari non potest, sed per fideicommissum potest.

273. Item codicillis nemo heres institui [6]) potest neque [7]) exheredari, quamuis testamento confirmati sint. Autem [8]) is, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut

---

1) Nach Studemund ist t°t facto in nicht unwahrscheinlich. Das t hinter dem t° = testamento könnte man durch ein h = heredis und facto durch factum ersetzen.

2) So Goeschen, HS. intestatos.

3) Ergänzung von Goeschen.

4) So ergänzt Lachmann in Anlehnung an epit. II, 7 § 8: Item legatum per codicillum. Statt codicillis hat Bluhme verschiedene Buchstaben gelesen, aber nur das o ist richtig.

5) rit allein, das schon Goeschen gesetzt hat, reicht nicht aus. Huschke[4] fügt hinzu ante aut post, das aber mit Recht S. u. K. wieder beseitigt haben.

6) So Goeschen, HS. instituti.

7) Kalb Archiv Bd. 1 S. 89; Roms J. S. 81 macht verschiedene Aenderungsvorschläge. Wir sind einem derartigen neque schon II, 54 bei einem Nachgajaner begegnet.

8) HS. aut, das meines Erachtens für autem zu nehmen. Voranstellung des autem ist freilich nach Quint. inst. or. 1, 5 § 39 ein Barbarismus. Die bisherigen Herausgeber ändern in at.

eam hereditatem alii totam uel ex parte restituat, quamuis testamento codicilli confirmati non sint[1]).

274. ¦¦ Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census H. S. 124
est, per legem Voconiam heredes[2]) institui[3]) non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.

275. Latini quoque, qui hereditates legata
quia directo iure[4])
lege Iunia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt.

276. Item cum senatusconsulto prohibitum sit proprium seruum minorem annis XXX liberum et heredem instituere, plerisque placet[5]) posse nos iubere liberum esse, cum annorum XXX erit, et rogare, ut tunc illi restituatur hereditas.

277. Item quamuis non (possimus)[6]) post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut cum morietur alii eam hereditatem totam uel ex parte restituat.

277 a. Et quia[7]) post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus, et si ita scripserimus 'cum Titius heres meus mortuus[8]) erit, uolo hereditatem meam ad P. Maeuium pertinere'. Utroque autem modo, tam hoc quam

1) Vielleicht ist dieser Satz entnommen Ulp. 25, 11. Siehe zu II, 173.

2) Heredes als Nominativ Sing. ist Volkslatein bzw. spätes Latein: Georges Lat. Wortformen unter heres; Rönsch Itala. S. 263.

3) So Goeschen, HS. instituti.

4) Vgl. dazu den Nachgajaner I, 24: ne quid in directo hereditatis legatorumue nomine eos posse capere dicamus. Goeschen hat quia durch que ersetzt.

5) Gajanisch: siehe zu II, 243.

6) Hier müssen wir wohl mit Goeschen possimus einschieben, wie es sich vor post mortem auch findet epit. II, 7 § 8.

7) Gajanisch: siehe zu II, 265.

8) HS. mortus.

illo, Titium heredem suum[1]) obligatum relinquit[2]) de fideicommisso restituendo.

278. Praeterea legata (per)[3]) formulam petimus[4]); fideicommissa uero Romae quidem apud consulem uel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in prouinciis uero apud praesidem prouinciae[5]). **279.** Item de fideicommissis semper || in urbe ius dicitur, de HS. S.
legatis uero cum res aguntur. **280.** Item[6]) fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit; legatorum uero usurae non debentur: idque rescripto diui Hadriani[7]) significatur. Scio tamen Iuliano placuisse[8]) in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse, quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus[9]) magis optinere uideo.

281. Item legata graece[10]) scripta non ualent, fideicommissa uero ualent[11]). 282. Item si legatum per damnationem relictum heres infi(ti)[12])etur, in duplum cum eo[13]) agitur, fideicommissi uero nomine semper in simplum persecutio est. 283. Item quisque[14]) ex fideicommisso plus debito per erro-

1) HS. sum.
2) HS. relinquitur.
3) Ergänzung von Goeschen.
4) So Goeschen, HS. petimos.
5) Gajanisch: siehe zu II, 25.
6) So Kr., HS. agunit.
7) Gajanisch: siehe zu II, 221.
8) HS. placisse. Gajanisch: siehe zu II, 276.
9) Gajanisch: siehe zu I, 171.
10) HS. graeges.
11) Dieser Paragraph könnte entlehnt sein Ulp. 25, 9: siehe zu II, 273.
12) So Goeschen.
13) HS. ego: siehe zu I, 156.
14) Quisque kann hier nur die Bedeutung von quisquis haben.

rem soluerit, repetere potest; at id quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. Idem scilicet iuris[1]) est de eo legato[2]), quod non debitum uel ex hac uel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

284. Erant etiam aliae differentiae, quae nunc[3]) non sunt. 285. Ut ecce[4]) peregrini poterant fideicommissa[5]) facere et ferre[6]).

Hae[7]) fuit origo fideicommissorum[8]).

Sed postea id prohibitum est. Et nunc ex oratione diui sacratissimi[9]) Hadriani senatusconsultum[10]) factum est, ut ea fideicommissa[11]) fisco[12]) uindicarentur.

Das wäre Spätlatein: siehe Schmalz, Lat. Syntax[3] S. 447; Neue-Wagener Bd. 2[3] S. 493 flg.; Petschenig Archiv Bd. 6 S. 268. Goeschen hat quod vor quisque eingeschoben.

1) HS. iuriis.

2) legato hat Savigny gestrichen, und ihm folgen die meisten Herausgeber. Meines Erachtes wird mit de eo legato auf das voraufgehende Damnationslegat hingewiesen.

3) Gajanisch: siehe zu II, 227.

4) Gajanisch: siehe zu II, 133.

5) HS. fidem commissam, falsche Auflösung.

6) Ferre in der Bedeutung 'davontragen', 'erhalten' ist Synonym von capere: siehe z. B. III, 8. 16 und im allgemeinen Kalb, Juristenlatein S. 9; Wegweiser S. 26. Goeschen verwandelt facere in capere und ferre in fere. Polenaar schiebt et fere hinter ferre ein, das ließe man sich schon eher gefallen.

7) HS. hae oder hac. Goeschen ändert in haec. In erster Linie kommt hae in Betracht. Das auslautende c schwand in späterer Zeit bei diesem Pronomen. Statt hic und huic finden wir hi und hui: Neue-Wagener Bd. 2[3] S. 411. Also ist auch hae möglich.

8) HS. fidecommissa.

9) HS. sunt. Nach Polenaar falsche Auflösung eines s̄, der es durch sanctissimi ersetzt. Siehe Bd. 1 Erkl. 15.

10) HS. senatus consultus. Die Form findet sich im Spätlatein, z. B. bei Isidor. etym. 9, 4 § 9. Hier läßt aber das folgende fact. = factum auf falsche Auflösung schließen.

11) HS. fide commissa.

12) HS. fico.

286. Caelibes ‖ quoque, qui per legem Iuliam[1] hereditates legataque capere prohibentur, olim[2] fideicommissa uidebantur[3] capere posse. **286 a.** Item orbi, qui per legem Papiam[4] ob id, quod liberos non habebant[5], dimidias partes hereditatium[6] legatorumque perdunt, olim[7] solida fideicommissa uidebantur[8] capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano[9] perinde[10] fideicommissa[11] quoque ac legata[12] hereditatesque[13] capere posse[14] prohibiti sunt. Eaque translata sunt ad eos, qui in testamento[15] liberos habent, aut si nullos[16] liberos habebunt[17], ad populum: sicuti iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simile[18] ex cau(sa caduca fiunt. **287.** Adhuc au)[19]tem olim[20] incertae personae uel

1) HS. Iulianas, falsche Auflösung.
2) Gajanisch: siehe zu II, 252.
3) HS. uidebatur. Gajanisch: siehe zu II, 239.
4) HS. Papia.
5) Polenaar streicht ob id . . habebant.
6) HS. hereditarium, Goeschen hereditatum.
7) Gajanisch: siehe zu II, 286.
8) Gajanisch: siehe zu II, 286.
9) HS. Pecasiano.
10) Kr. proinde. Siehe Bd. 1 Erkl. 48 S. 237.
11) HS. fidecommissa.
12) So Goeschen, HS. legatum.
13) So Goeschen, HS. hereditastesque.
14) So Goeschen, HS. possem.
15) HS. qui testamento statt quin testamento = qui in testamento. Polenaar qui in eo testamento wie II, 206.
16) 'oder wenn die im Testament Bedachten keine Kinder haben'. Eine Aenderung scheint mir nicht nötig zu sein. Lachmann nullus und später habebit; Savigny nulli.
17) HS. habebint.
18) Ablativ auf e: siehe Georges, Lat. Wortformen unter similis.
19) Polenaar; cau(sa caduca fiunt. I)tem.
20) Gajanisch: siehe zu II, 286 a.

postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamuis neque heres institui neque legari ei possit[1]). Sed senatusconsulto, quod auctore diuo[2]) Hadriano[3]) factum est, id[4]) in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est. 288. Item poenae nomine iam non dubitatur nec per fideicommissum quidem relinqui posse.

289. Sed quamuis in[5]) multis[6]) iuris partibus longe latior causa sit fideicommissorum quam eorum, quae directo relincuntur, in quibusdam tantumdem[7]) ualent[8]); tamen tutor non aliter testamento dari potest quam directo: ueluti hoc modo 'liberis meis Titius[9]) tutor esto'[10]), uel ita 'liberis meis Titium tutorem do'. Per fideicommissum dari uero[11]) non potest.

1) Dies possit ist mit Kalb, Wegweiser S. 113 zu halten. Quamuis heißt: 'so sehr du willst'. Daraus erklärt sich, daß quamuis, ebenso wie licet, regelmäßig den Konjunktiv des Präsens oder Perfekts neben sich hat.

2) So Goeschen, HS. diro.

3) Gajanisch: siehe zu II, 280. 285.

4) In der Bedeutung von idem.

5) So Goeschen, HS. ut oder ui.

6) So Goeschen, HS. multus.

7) nicht tantundem. Das m hat sich hier noch erhalten. Andere Beispiele dieser Art siehe bei Stolz, Hist. Gram. Bd. 1 Hälfte 1 S. 309.

8) Goeschen ualeant. Siehe aber wegen des Indikativs neben quamuis Kalb, Wegweiser S. 114.

9) HS. Tius.

10) HS. es esto.

11) Goeschen uero dari.

Conspectus Rerum.

II. De rebus

Erklärung.

1. Uebergang und Anordnung. II, 97—100.

Gajus leitet über auf den Erwerb durch Universalsukzession. Das Legat, das auch noch den Erwerb einzelner Sachen bewirke, werde besser an einem gelegeneren Orte abgehandelt.

Diese Bemerkung legt die Vermutung nahe, daß sich hier einmal anschloß der Erwerb durch Legate. Der § 97 könnte im Grundstock etwa gelautet haben: Nunc referemus legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus. Mir ist überhaupt zweifelhaft, ob der Grundstock die testamentarische Erbeseinsetzung schon berücksichtigte.

Die Anordnung im Nachstehenden ist dann folgende: testamentarisches Erbrecht II, 101—190; Vermächtnis II, 191—289; Intestaterbrecht III, 1—76.

Es ist dieselbe Anordnung, die wir antreffen bei Q. Mucius Scävola in seinen de iure ciuili libri XVIII: vgl. Lenel, Sabinussystem S. 12.

Im Sabinussystem ist die Anordnung eine andere. Hier folgt auf das testamentarische Erbrecht die Intestaterbfolge, erst dann werden die Legate angereiht: Lenel S. 90.

Innerhalb des testamentarischen Erbrechtes weicht unser Lehrbuch ebenfalls vom Sabinussysteme ab. Es handelt zunächst de testamentis ordinandis II, 101—111. Darauf von denen, quibus non est permissum testamenta facere II, 112. 113.

Im Sabinussystem wird umgekehrt zunächst von denen gehandelt, qui testamenta facere possunt; sodann davon, quemadmodum testamenta fiant: Lenel S. 19. 20.

Gajus selber benimmt sich bei Darstellung des testamentarischen Erbrechtes höchst eigenartig. Zunächst behält er das System der Vorlage ruhig bei und versieht sie mit verschiedenen Zusätzen. Dann aber erklärt er im § 114 das Sabinussystem für das richtigere, worauf ich zurückkommen werde: siehe unten Erkl. 12.

2. Fälle der Universalsukzession. II, 98.

Folgende fünf Fälle der Universalsukzession werden II, 98 angeführt:

1 Si cui heredes facti sumus;

2. siue cuius bonorum possessionem petierimus;

3. siue cuius bona emerimus;

4. siue quem adoptauerimus;

5. siue quem in manum ut uxorem receperimus.

Diese Fälle werden dann näher erörtert: der erste und zweite Fall II, 99—190, III, 1—76; der dritte Fall III, 77—79; der vierte und fünfte Fall III, 82—84.

Weiter wird III, 85—87 angehängt

6. hereditatis in iure cessio.

Das Fehlen des sechsten Falles in der Aufzählung des § 98 dürfte den Schluß gestatten: daß hier eine jüngere Rechtsbildung vorliegt.

Bei der Universalsukzession des heres haben wir unsern Ausgang zu nehmen von der Vorstellung: daß die hereditas nichts anderes ist als ein Haufen körperlicher Sachen: siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 166 flg. Das Wesen einer Universalsukzession besteht also zunächst darin: daß mit einem Male nicht bloß eine einzelne Sache sondern gleich eine Mehrheit von Sachen erworben wird. Der Uebergang der Forderungen und der Schulden auf den heres beruht auf besonderer Entwicklung.

Aehnlich verhält es sich mit dem bonorum possessor. Das Interdiktum Quorum bonorum beschränkt sich auf die körperlichen Sachen. Der Uebergang der Forderungen und Schulden auf den bonorum possessor ist besondere Entwicklung.

Diese besondere Entwicklung ist im dritten, vierten und fünften Falle insofern auf halbem Wege stehen geblieben, als sie nur für die Forderungen voll durchgeführt worden. Die Schulden gehen nach Zivilrecht in zwei Fällen ganz unter und mindern sich bei der emptio bonorum ab auf die gebotenen Unzen.

Bei der hereditatis in iure cessio wurde in eigenartiger Weise unterschieden: siehe darüber unten Erkl. 21 unter 5 h.

Auf ein Reskript Mark Aurels geht zurück ein von Gajus noch nicht berücksichtigter Fall:

7. si cuius bona libertatum conseruandarum causa addicta fuerint.

Mit ihm beschäftigt sich näher I. I. III, 11 de eo cui libertatis causa bona addicuntur.

Unserm § 98 entspricht I. I. III, 9 § 6. Hier sind aber fortgelassen der dritte, fünfte und sechste Fall. Die Aufzählung beschränkt sich auf die übrigen vier Fälle.

Weiter wäre in Gemäßheit von II, 252 hierher zu stellen

8. nummo uno hereditatem dicis causa uenire. Vgl. darüber unten Erkl. 74 unter 3.

Und dieses uenire lehnt sich wiederum an

9. dem Erbschaftskaufe: vgl. Erkl. 74 unter 6.

3. Die ältesten öffentlichen Testamente. II, 101.

Die ältesten Testamente, nach Gajus zu urteilen, waren die beiden öffentlichen: das calatis comitis bezw. in procinctu errichtete.

1. Form der Errichtung

Ueber die Form der Errichtung geben uns die Quellen bessere Auskunft als über den Inhalt.

a) Testamentum calatis comitis.

Die calata comitia waren teils curiata teils centuriata. Die curiata wurden eingerufen durch den lictor curiatius, die centuriata durch den Hornbläser. Vgl. Gell. n. a. 15, 27 §§ 1. 2.

Wegen der lictores curiatii verweise ich auf Mommsen R. Staatsrt. Bd. 1³ S. 342 Anm. 5, und wegen des Hornbläsers auf Jhering, Vorgeschichte S. 41.

Diese calata comitia waren zweimal im Jahre zur Errichtung von Testamenten bestimmt.

Das Volk sollte Zeuge der Handlung sein, zu beschließen war hier nichts. Dies ergibt Theoph. II, 10 § 1: ὁ βουλόμενος ὑπὸ μάρτυρι διετίθετο τῷ δήμῳ, dem entspricht Gell. n. a. § 3: quod calatis comitiis in populi contione fieret. Vgl. Rubino, Untersuchungen S. 244 Anm. 2. Anderer Meinung Mommsen R. Staatsrt. Bd. 3 S. 319 Anm. 3. Dagegen Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 850; Kübler bei Pauly-Wissowa Realenzykl. Bd. 3 Sp. 1333. In einschränkender Weise hält wieder fest 'an der Abstimmung in den Testamentskomitien' Wlassak Z. R.G. Bd. 44 S. 211. Aber auch in dieser Gestalt habe ich mich von der Richtigkeit der Ansicht nicht zu überzeugen vermocht.

In sachlicher Beziehung wäre folgender Punkt hervorzuheben. Ueber einen Volksbeschluß kann sich der Einzelne nicht hinwegsetzen. Ein Volksbeschluß widerstreitet somit dem Testamentsbegriffe, da hier das Merkmal der Widerruflichkeit fehlen würde.

Neuerdings behauptet Kübler Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 5 Heft 4 S. 12: 'die Testamentserrichtung calatis comitiis ist im Grunde nichts anderes als Adoption auf den Todesfall, ähnlich wie die germanische thinx und affatomie'.

Immerhin muß das testamentum calatis comitiis etwas anderes gewesen sein als die adrogatio. Denn diese tritt uns noch bei Gajus und Ulpian als geltendes Recht entgegen,

während jenes bereits veraltet war: vgl. Gai. I, 98 flg.; II, 103. 138; Ulp. 8, 2; 20, 2.

Abgehalten wurden diese comitia nach Gell. § 1 pro collegio pontificum, d. h. vor dem Kollegium der Pontifices, so daß also diese den Vorsitz führten.

Die beiden feststehenden Tage waren nach der Vermutung von Mommsen, Röm. Chronologie[2] S. 241 flg.; R. Staatsrt. Bd. 2[3] S. 38 Anm. 2, dem sich anschließt Huschke, Das alte römische Jahr S. 179, der 24. März und der 24. Mai.

Beiden Tagen waren im alten Kalender hinzugefügt die Buchstaben Q. R. C. F. = Quandoc rex comitiauit, fas.

Ueber die Bedeutung des Zusatzes belehrt uns Varro l. l. 6, 31 in folgender Weise: dies qui uocatur sic 'quando rex comitiauit, fas', is dictus ab eo quod eo die rex sacrificulus dicat: ad comitium; ad quod tempus est nefas, ab eo fas: itaque post id tempus lege actum saepe.

Das dicat hat man beanstandet. Mommsen ersetzt es durch it: Hirschfeld durch litat. Meines Erachtens ist es zu halten. Ich verstehe es so. Nach Beendigung des Opfers verkündete der Opferkönig: ad comitium: und forderte damit das Publikum auf, sich zum comitium zu begeben. Diese Handlung heißt comitiare.

Damit steht kaum in Widerspruch Festus M. 259 Th. 345 Quandoc rex comitiauit fas, in fastis notari solet, et hoc uidetur significare: quando rex sacrificulus diuinis rebus perfectis in comitium uenit. Denn sobald der Opferkönig das ad comitium ausgerufen, wird er sich auch angeschickt haben, sich hinzubegeben zum comitium.

Auf alle Fälle sind dies nach dem Kalender die beiden einzigen Tage, wo nicht bloß Comitien stattfinden konnten, sondern stattfinden mußten: also werden dies auch wohl dieselben Tage sein, die nach Gajus für die Testamentserrichtung bestimmt waren.

Den Hergang haben wir uns wohl so vorzustellen. Die Erklärung mußte abgegeben werden vor den Pontifices. Da-

neben Zuziehung von Zeugen aus dem Volke. Auf deren Zeugnis konnten sich die Parteien später berufen, wenn unter ihnen Streit entstand über den Inhalt der letztwilligen Verfügung.

Ist die Beziehung zwischen dem Q. R. C. F. und unserer Gajusstelle, wie sie Mommsen annimmt, richtig: so würden die comitia calata, welche der Testamentserrichtung dienten, stets curiata gewesen sein. Der Opferkönig forderte sogar auf, zum Comitium zu gehen, und dieses war regelmäßiger Versammlungsort der comitia curiata: Varro l. l. 5, 155; während die comitia centuriata außerhalb des pomoerium abgehalten werden mußten: Karlowa, Intra pom. und extra pom. S. 26.

Wissowa Rel. u. Kultus S. 440 Anm. 6 verwirft freilich die Mommsensche Vermutung, indem er geltend macht: 'dann würden die Comitien in die Zeit des nefas fallen, was ganz unmöglich ist'.

Diesen Gegengrund verstehe ich nicht recht. Varro l. l. 6, 31 sagt ja ausdrücklich: daß das nefas nur daure bis zu dem Zeitpunkte, wo der Opferkönig ausrufe 'ad comitium'; mit diesem Zeitpunkte beginnt das fas: ab eo fas.

Auch die Bemerkung von Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 847, 'daß die beiden einzigen dafür bestimmten Termine so nahe aneinander gerückt seien', ist kaum geeignet, die Mommsen'sche Vermutung wesentlich zu erschüttern.

Was den Untergang dieser Testamentsform anbetrifft, so schließt Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 855 Anm. 1 auf Grund von Cic. de or. 1, 53 §§ 227. 228, einer Stelle die uns gleich — Stc. 96. 97 — noch einmal beschäftigen wird: daß dieselbe im Jahre 605/149 nicht mehr in Geltung gewesen sei. Derselben Ansicht sind Girard-von Mayr S. 876 und Wlassak, Z. R.G. Bd. 44 S. 214.

Es handelt sich hier um eine Rogation des Volkstribunen C. Scribonius Libo unter Mitwirkung des hochbetagten Cato Censorius auf Einsetzung einer quaestio gegen Gallus wegen

seiner Treulosigkeit gegen die Lusitanier: siehe darüber Mommsen R. G. Bd. 2[6] S. 8. Galba wußte das Mitleid der Volksversammlung zu erwecken und entging der Anklage. Dabei wird von Galba angespielt auf das testamentum in procinctu factum, nicht aber erwähnt das testamentum calatis comitiis.

Eine solche Nichterwähnung ist aber doch schon an sich eine sehr schwache Stütze für die aufgestellte Behauptung. Karlowa meint freilich: 'denn sonst hätte die Heranziehung des testamentum calatis comitiis näher gelegen'. Meines Erachtens hatte aber ein Feldherr eher Veranlassung, auf eine Heeresversammlung hinzuweisen, als auf eine Volksversammlung, die unter dem Vorsitze von Priestern abgehalten wurde und innerhalb des Pomörium stattfand. Den von Erdmann, Testierfreiheit S. 31 beigebrachten Gegengrund muß ich freilich ablehnen. Möglich wäre es ja an und für sich, daß damals keine Testamente mehr calatis comitiis errichtet wurden. Die Nichterwähnung in obiger Stelle ist aber kein Beweis. Nach Rein, Privatrt. der Römer S. 788 Anm. 3 soll umgekehrt nicht einmal die Erwähnung des testamentum in procinctu factum beweisend sein 'für die Fortdauer dieser Testamente in jener Zeit'.

Im übrigen äußert sich Wlassak a. a. O. über den Untergang dieser Testamentsform dahin: 'Verschwinden aus dem Rechtsleben konnte das Testament calatis comitiis gewiß erst, nachdem es die Juristen für statthaft erklärt hatten, die Nuncupatio auch zur Erbeinsetzung zu benutzen'.

Darnach hätten also von Haus aus die Römer das Bedürfnis gehabt, einen Erben zu ernennen. Die Möglichkeit hätten ihnen aber in Friedenszeiten nur die calata comitia gewährt. Dazu will es schon nicht recht stimmen, daß solche Comitien nur zweimal im Jahre stattfanden. Andererseits zeigt uns die Ueberlieferung, daß die Römer nicht sonderliche Lust verspürten, Erben zu ernennen, hierzu vielmehr erst von der Gesetzgebung angetrieben werden mußten. Jedenfalls fehlt es dafür an

jeglichem Zeugnis, daß die comitia calata in alter Zeit ein Bedürfnis der Erbeinsetzung befriedigt hätten. Nicht ein Verlangen der Testatoren war die treibende Kraft, sondern: ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur. Vgl. Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 33 und unten Erkl. 21 unter 13.

Ferner kann ich mich nicht einverstanden mit Wlassak erklären, wenn er behauptet: die alte von Gajus II, 102 beschriebene familiae mancipatio mit dem Salmann heiße nur zu Unrecht 'Testament'. Gajus nimmt an dieser Bezeichnung jedenfalls keinen Anstoß. Auch insofern scheint mir Wlassak altrömisches Recht von einem mehr modernen Standpunkt aus zu betrachten.

b) Testamentum in procinctu.

Das in procinctu erklärt sich aus der Tracht der Toga. Im Frieden hing der eine Zipfel der Toga von der linken Schulter über den Rücken herab. Diese mehr lose Tracht war im Kriege nicht brauchbar. Hier behielt man zwar zunächst die Toga bei: Seru. ad Aen. 7, 612; sie wurde aber so getragen: daß die beiden Arme frei blieben, und vermutlich aus beiden Zipfeln ein Gürtel gebildet. In procinctu ist 'vorne gegürtet'. Das bedeutet dann 'zur Schlacht gerüstet'. Vgl. Festus Th. 39 Classis procincta: Th. 54 Endo procinctu; Theoph. II, 10 § 1. Ehe es dann zur Schlacht kam, zwischen der ersten und zweiten Auspikation, wurde eine Pause gemacht, welche zur Testamentserrichtung benutzt werden konnte. Schol. ad Verg. Aeu. 10, 241: 'uiros uoca: proelium ineant'. deinde exercitu in aciem educto iterum (auspicaba)tur: interim ea mora utebantur qui testamenta in procinctu facere uolebant. Die Erklärung erfolgte vor drei oder vier Kameraden, Plut. Coriol. 9: τριῶν ἢ τεττάρων ἐπακουόντων.

Von einer Testamentserrichtung dieser Art bei der Belagerung von Contrebia im Jahre 611/143 berichtet Vell. 2, 5 § 2: facientibusque omnibus in procinctu testamenta. Einer Anspielung auf diese Testamentsform gedenkt Cic. de or. 1, 53 §§ 227. 228 bei der Rogation des Scribonius auf Einsetzung

einer quaestio gegen Gallus im Jahre 605/149: quod is L. Scribonio quaestionem in eum ferente populi misericordiam concitasset . . et duos filios paruos tutelae populi commendasset ac se, tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati. Von dieser Rogation des Scribonius handeln auch Cic. Brut. 23, 89; Liu. per. 49 Zle. 46 flg.

Es war aber diese Testamentsform zu Ciceros Zeiten bereits außer Uebung gekommen, was zusammenhängt mit der Vernachlässiigung der Auspizien. Von diesen auspicia heißt es nämlich bei Cic. de nat. deor. 2, 3 § 9: nulla peremnia seruantur, nulla ex acuminibus, nulla, (cum) uiri uocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt. Das ex quo ist wohl zu übersetzen mit 'infolge dessen'. Vgl. im übrigen zu dieser Stelle Joseph B. Mayor zu M. Tullii Ciceronis de nat. deor. Bd. 2 S. 82 flg.; Mommsen Röm. Staatsrt. Bd. 3 S. 307 Anm. 2; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 852.

2) Inhalt.

Was den Inhalt dieser Testamente anbetrifft, so lassen uns die Quellen durchaus im Stich.

a) Dies gilt insonderheit vom testamentum calatis comitiis.

Man hat diese Lücke wohl ergänzen wollen auf Grund des altgriechischen Rechtes.

α) Mit diesem Rechte haben sich in neuerer Zeit beschäftigt Schulin das griechische Testament verglichen mit dem römischen 1882; Hermann-Thalheim Lehrbuch der griech. Rtsaltert. 1895 S. 70 flg.; Bruck Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen und römischen Recht, sowie Zur Geschichte der Verfügungen von Todeswegen im altgriechischen Recht, 1909; Rabel Z. R. G. Bd. 43 S. 405 flg.; Thalheim Berliner phil. Wochenschrift 1909 Sp. 877 flg.; Z. R. G. Bd. 44 S. 398 flg.; Bruck Z. R. G. Bd. 45 S. 353 flg.; Wenger Gött. gel. Anzeigen 1911 S. 166 flg.

Schulin S. 51 flg. hat in dieser Beziehung folgende Gedanken entwickelt.

Was den Inhalt der Testamente anbetrifft, so soll das griechische Recht dreierlei Arten kennen: ein Testament mit εἰςποίησις d. h. mit Annahme an Kindes Statt; ein Testament, das nur Einzelverfügungen enthielt, das ist das Legatentestament; und ein Testament mit Erbeseinsetzung in anderer Form als der εἰςποίησις.

In bezug auf das Testament mit εἰςποίησις wird dann weiter ausgeführt: die griechische Rechtsordnung habe dem Kinderlosen gestattet, die εἰςποίησις nicht selber vorzunehmen, sondern in seinem Testamente nur den Wunsch zu äußern, daß sie nach seinem Tode vorgenommen würde.

β) Diese drei Arten von Testamenten sollen sich nach Schulin in Rom wiederfinden.

Dem Testamente mit εἰςποίησις entspreche die adoptio per testamentum, dem Testamente mit Einzelverfügungen das alte Manzipationstestament und dem Testamente mit Erbeseinsetzung das jüngere Manzipationstestament.

Hier taucht aber in bezug auf das dritte Glied gleich ein Bedenken auf. Denn ob und inwieweit nach griechischem Rechte eine Erbeseinsetzung ohne jegliche εἰςποίησις überhaupt möglich war, ist ein sehr dunkler Punkt.

Neuerdings behauptet wieder mit großer Bestimmtheit Bruck Verfügungen von Todes wegen S. 33 Anm. 2: 'Testamente ohne εἰςποίησις mit Erbeinsetzung hat es in Griechenland nie gegeben'. Bruck beruft sich hierfür auf Partsch Griech. Bürgschaftsrt. Bd. 1 S. 231 flg., der näher ausführt: 'daß die Schulden auf dem Nachlasse hafteten, daß der Erbe stets sich vom Besitz des Nachlasses zurückhalten durfte, daß er gegenüber den nach der Besitzergreifung hervortretenden Gläubigern sich durch Herausgabe des Nachlasses befreien konnte'. Daneben hält freilich Partsch für möglich: 'daß der Erbe persönlich haftete, wenn er Nachlaßsachen dem Gläubiger vorenthielt.' Wenger Berliner phil. Wochenschrift 1909

Sp. 1315; Göttingische gelehrte Anzeigen 1911 S. 167, schließt freilich aus dem Vorkommen eines beneficium abstinendi auf persönliche Haftung für die Nachlaßschulden. Diese Folgerung dürfte indes großen Bedenken unterliegen. Vgl. Kohler und Ziebarth Stadtrecht von Gortyn § 68 S. 109. Auch glaubt Wenger 'ganz unbedingt', 'daß Partschs Ausführungen einer früheren Rechtsentwicklung entsprechen'. Mir genügt es hier auf die Unsicherheit dieser dritten Testamentsgattung im griechischen Rechte hingewiesen zu haben.

γ) Ich wende mich nunmehr zum Testamente mit εἰςποίησις, dem entsprechen soll die adoptio bzw. arrogatio per testamentum.

Die εἰςποίησις oder arrogatio im Testament ist nach Schulin im römischen wie im griechischen Recht die älteste Form der Erbeseinsetzung. Andererseits hält Schulin das testamentum calatis comitiis für die älteste Form des Testamentes. Daraus wird dann gefolgert: 'daß arrogatio und testamentum in calatis comitiis in einem gewissen Zusammenhang miteinander stehen'.

Der Ansicht Schulins hat sich angeschlossen Sohm Institutionen, erste Auflage S. 348 flg., 14. Auflage S. 722. Beide Schriftsteller unterscheiden sich nur insofern, als Schulin in den calata comitia lediglich eine Zeugnisversammlung erblickt, während nach Sohm eine Zustimmung des populus Romanus erforderlich gewesen sein soll. Schulin folgt einer älteren Auffassung Mommsens, Sohm einer jüngeren Auffassung desselben Schriftstellers.

Walter Erdmann, 'Die Entwicklung der Testierfreiheit im röm. Rt.', Jenaer Dissertation 1908, auch abgedruckt Z. vgl. Rtsw. Bd. 22 S. 1 flg. läßt in ähnlicher Weise das testamentum calatis comitiis aus der Arrogation entstanden sein.

δ) Werfen wir zunächst einen Blick auf das Manzipationstestament.

Nach Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 297 soll das alte Manzipationstestament die Unmöglichkeit voraussetzen: 'eine

direkte Erbeseinsetzung anders als durch öffentliches Testament vorzunehmen'.

Ebenso enthalten nach Schulin S. 57 'die Worte, welche der Testator bei der imaginaria mancipatio seiner familia pecuniaque spricht, keine Spur von einer Erbeseinsetzung'.

Bei Gai II, 103 heißt es: familiae emptor . . heredis locum optinebat. An diesen Worten ist von Einzelnen soviel herumgedeutelt, daß man schließlich beim familiae emptor sachlich ungefähr wieder auf den heres hinauskam: vgl. z. B. Hölder, Zur Gesch. des röm. Erbrts. S. 56 flg. Andere glaubten Gajus berichtigen zu müssen: so Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 854; Ehrlich Z. vgl. Rtsw. Bd. 17 S. 99.

Indessen daß es sich beim Gegensatz von familiae emptor und heres um mehr handle als einen harmlosen Namenswechsel, hätte nie verkannt werden sollen. Vollends zu einer Berichtigung des Gajus scheint mir die Sache noch weniger angetan zu sein.

Gehen wir also davon aus: es gab zwei Arten von Manzipationstestamenten, eins mit, eins ohne Erbeseinsetzung. Im älteren Manzipationstestament wurde ein Treuhänder ernannt, Legate ausgesetzt, nötigenfalls ein Vormund bestellt: Ulp. 11, 14.

Das jüngere Manzipationstestament bringt uns die Erbeseinsetzung. Daß dies eine neue Einrichtung war, darauf weisen die Geburtswehen hin, die hier durchgemacht werden mußten: siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 192. Andererseits: hätte es seit alter Zeit eine Erbeseinsetzung gegeben, so würde dieser Begriff schwerlich wieder verloren gegangen sein.

Und wenn von Haus aus in einem Falle die Erbeseinsetzung keine notwendige Voraussetzung eines Testamentes war, so hätte sie doch auch beim testamentum calatis comitiis fehlen können.

Daneben bliebe freilich möglich, daß die Erbeseinsetzung, als sie sich einmal auf dem Gebiete des Manzipationstesta-

mentes entwickelt hatte, auch auf das testamentum calatis comitiis mitübertragen wäre.

ε) Eine eigentliche Erbeseinsetzung nimmt denn auch Schulin für das testamentum calatis comitiis gar nicht an. Die adoptio per testamentum sei nicht die Adoption selbst, sondern nur die Veranlassung zu einer Adoption. Dabei taucht freilich die Frage auf: ob eine so veranlaßte Adoption jemals in Rom die Stelle einer Erbeseinsetzung vertreten habe; und ob eine solche adoptio per testamentum jemals durch ein testamentum calatis comitiis vorgenommen wurde?

In letzterer Beziehung ist nun Schulin den Beweis vollständig schuldig geblieben, daß diese adoptio gerade ein testamentum calatis comitiis zur Voraussetzung hatte.

ζ) Eine gründliche Abhandlung über die adoptio per testamentum hat geliefert Bachofen, Ausgewählte Lehren S. 228 flg.

Wir begegnen ihr erst gegen Ende der Republik.

Bei Cic. Brutus 58, 212 handelt es sich um L. Licinius Crassus Scipio, welcher von seinem mütterlichen Großvater L. Licinius Crassus, gestorben 663/91, auf diese Weise adoptiert war. Nach Mommsen Röm. Staatsrt. Bd. 3 S. 39 Anm. 2, der älteste uns bekannte Fall dieser Art.

Plin. n. h. 35, 2 § 8 berichtet von Messala, daß er in dem Atrium des Scipio Pomponianus den durch testamentarische Adoption übertragenen Namen der Scipionen gesehen habe.

Nach Dio 40, 51 wurde Quintus Scipio, ein Sohn des Scipio Nasica, von Metellus Pius durch testamentarische Verfügung adoptiert.

Ob die Erbeinsetzung des Dolabella im Testament der Liuia bei Cic. ad Att. 7, 8 § 3 hierher zu stellen, mag zunächst auf sich beruhen bleiben.

Berühmter ist die testamentarische Adoption des Octavius durch Julius Cäsar. Hierüber besitzen wir eine Reihe von Nachrichten. Unter andern spricht davon Dio 46, 7; auf welche Stelle sich vor allen Dingen Schulin stützt.

Hier sagt nun allerdings Dio in Bezug auf Octavius: καὶ ἐς τὸ τοῦ Καίσαρος γένος κατὰ τὰ νομιζόμενα ἐσεποιήθη. Allein die Wirkung dieser εἰςποίησις scheint sich auf die Namensänderung beschränkt zu haben.

Zwar berichtet Dio weiter, daß ihm der Name mit der Erbschaft hinterlassen sei: ἐξ οὗ τὸ ὄνομα αὐτῷ τοῦτο μετὰ τοῦ κλήρου κατελείφθη. Das ist indes nicht so zu verstehen, als ob das Erbewerden von der εἰςποίησις abhängig gewesen wäre. In dieser Beziehung kommt der Bericht des Setuon über dieses Testament in Betracht: Iul. Caes. 83.

Cäsar hatte dieses Testament am 13. Sept. des voraufgehenden Jahres auf seinem Labikanischen Landgute errichtet und der ältesten vestalischen Jungfrau in Verwahrung gegeben. Mit einem testamentum calatis comitiis haben wir es also jedenfalls nicht zu tun.

Den Inhalt dieses Testamentes gibt Sueton dahin an: tres instituit heredes, sororum nepotes, Gaium Octauium ex dodrante et Lucium Pinarium et Quintum Pedium ex quadrante reliquo; in ima cera Gaium Octauium etiam in familiam nomenque adoptauit.

Es scheint hier ein gewöhnliches Manzipationstestament vorzuliegen, dessen Gültigkeit durch eine Erbeseinsetzung bedingt war. Und diese Erbeseinsetzung ist nicht etwa einer εἰςποίησις vergleichbar, sondern steht auf eigenen Füßen: wie schon daran zu erkennen ist, daß die Erbeseinsetzung sich nur auf drei Viertel des Vermögens erstreckte, während eine Adoption das ganze Vermögen umfaßt hätte.

Die Erbeseinsetzung steht unbedingt fest und ist die Hauptsache; daneben ist unten, in ima cera, hinzugefügt die Adoption.

Diese Adoption war aber keine vollwirksame: es entstand keine väterliche Gewalt, auch verschaffte sie kein Erbrecht. Im wesentlichen wird es sich nur um eine Aenderung des Namens gehandelt haben. Es heißt bei Dio: καὶ οὕτως ἐξ ἐκείνου Γάϊος Ἰούλιος Καῖσαρ Ὀκταουϊανὸς ἐπεκλήθη. Und diese

Namensänderung werden wir als eine Auflage betrachten dürfen. So stellt denn auch die Sache dar Eutrop. breu. ab urbe cond. 7, 1: Caesaris nepos, quem ille testamento heredem reliquerat et nomen suum ferre iusserat. Und von einer solchen Adoption werden wir andererseits verstehen können, wenn Cic. ad Att. 7, 8 berichtet: Dolabellam uideo Liuiae testamento cum duobus coheredibus esse in triente, sed iuberi mutare nomen. Aehnlich scheint es sich zu verhalten mit Cic. de off. 3, 18 § 74: cum Basilus M. Satrium, sororis filium, nomen suum ferre uoluisset eumque fecisset heredem.

η) Diese Adoption des Octavius steht nun allerdings in einem gewissen Zusammenhang mit den Curiatcomitien; aber dieser Zusammenhang will durchaus nicht passen zu den Vordersätzen, wie sie von Schulin aufgestellt sind.

Einmal hat Julius Cäsar gar kein Testament calatis comitiis errichtet. Ferner brauchte das Erbewerben gar nicht erst auf dem Umwege eines Curiatgesetzes erreicht zu werden. Vielmehr lag vor eine an sich gültige Erbeseinsetzung, der eine testamentarische Adoption angehängt war. Insofern ist also der von Dio gebrauchte Ausdruck ἐςεποιήθη ungenau. Mit dieser bloß testamentarischen Adoption gab sich aber Octavius nicht zufrieden. Er wollte seine Herrschaft als Sohn des Julius Cäsar ausüben und als solcher vom Volke anerkannt sein.

Dieses Curiatgesetz hat demnach vor allen Dingen eine politische Bedeutung gehabt; und beweist um so weniger für Schulin, da es uns als eine Unregelmäßigkeit entgegentritt: siehe Bachofen S. 241.

Der Gedanke, welcher durch diese Unregelmäßigkeit verwirklicht werden sollte, ist der: die Thronfolge beruht auf der Adoption. Später ist in anderen Fällen diese Unregelmäßigkeit ersetzt worden durch eine Adoption unter Lebenden. Und zwar bediente sich Augustus in dieser Beziehung der gewöhnlichen Rechtsformen, indem er sich von Vater Agrippa den Gajus und Lucius in Adoption geben ließ; sodann nach deren Tode

den Agrippa und Tiberius arrogierte. Suet. Aug. 64: Gaium et Lucium adoptauit domi per assem et libram emptos a patre Agrippa. Ebenda 65: tertium nepotem Agrippam simulque priuignum Tiberium adoptauit in foro lege curiata. In gleicher Weise arrogierte Claudius den Nero. Tac. 12, 26: rogataque lex, qua in familiam Claudiam et nomen Neronis transiret. Es war dies das erste Beispiel einer Adoption in der gens Claudia. Vgl. Suet. Claud. 39: neminem umquam per adoptionem familiae Claudiae insertum. Galba setzte sich über diese Form hinweg, indem er den Piso durch feierliche öffentliche Erklärung arrogierte. Sueton. Galba 17: Pisonem Frugi Licinianum . . adprehendit filiumque appellans perduxit in castra ac pro contione adoptauit. Vgl. dazu Tac. hist. 1, 15—17 und Mommsen Röm. Staatsrt. Bd. 2³ S. 1138 Anm. 2. In ähnlicher Weise verfuhr Nerva. Er bestieg das Kapitol und verkündete, daß er dem Senate wie dem römischen Volke, auch sich selber den M. Ulpius Trajanus adoptiere: Dio 68, 3.

Eine weitere Aenderung tritt uns dann entgegen bei der Adoption des Aelius Verus durch Hadrian. Von diesem heißt es Capitolini Verus 1 § 6: qui ab Hadriano adoptatus primus Caesar est dictus et in eadem statione constitutus perit.

Von der Kaiseradoption unter Lebenden, die sowohl privatrechtliche wie öffentlichrechtliche Bedeutung hatte, wird jetzt der öffentlichrechtliche Bestandteil abgelöst. So erhalten wir denn wieder eine rein privatrechtliche Adoption, neben der hergeht bzw. hergehen kann die Ernennung zum Caesar.

Auf diese Entwicklung bezieht sich auch Spartiani Aelius 2 §§ 1—2: nihil habet in sua uita memorabile, nisi quod primus tantum Caesar est appellatus, non testamento, ut antea solebat, neque eo modo quo Traianus est adoptatus. Vgl. zu dieser Stelle Mommsen Röm. Staatsrt. Bd. 2³ S. 1139 Anm. 2.

So hat sich denn von der Kaiseradoption unter Lebenden

abgezweigt eine besondere Ernennung des Thronfolgers. Man verwirklichte jetzt durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden denselben Gedanken, wie er Julius Cäsar bereits vorgeschwebt hatte bei seiner testamentarischen Adoption des Octavius.

Ich bin bei Betrachtung dieser testamentarischen Adoption weit abgekommen von der Auffassung, wie sie uns bei Schulin entgegentritt.

Schulin stützt sich vor allen Dingen auf das ἐσεποιήθη das Dio. Allein dieses ἐςεποιήθη ist ein ungenauer Ausdruck. Das Erbewerden sollte gar nicht bewirkt werden durch diese Adoption, das stand schon fest durch die Erbeseinsetzung.

Die testamentarische Adoption des Julius Cäsar ist vor allen Dingen vom politischen Standpunkte aus zu betrachten. Octavius wußte ihre Bedeutung noch zu verstärken, indem er sich feierlichst durch ein Curiatgesetz arrogieren ließ.

Diese Arrogation bietet verschiedene Unregelmäßigkeiten dar. Das sowie den politischen Zweck hat sie mit einer anderen Arrogation gemein, der des Clodius durch Fontejus, mittels welcher eine transitio ad plebem erreicht werden sollte. Siehe darüber Bd. 1 S. 173.

Die testamentarische Adoption des Julius Cäsar scheint bei den Kaisern keine Nachahmung gefunden zu haben. Mir ist wenigstens ein weiterer Fall nicht bekannt. Und auf ein häufigeres Vorkommen möchte ich auch nicht deuten die Worte des Spartian: ut antea solebat.

Also ein einzelnes Rechtsgeschäft, noch dazu anomaler Natur, das aus einer späteren Zeit stammt, soll nach Schulin Beweis erbringen für den Inhalt eines Testamentes aus grauer Vorzeit, des testamentum calatis comitiis. Diese Schlußfolgerung würde schon dann ihre großen Bedenken haben, wenn Julius Cäsar calatis comitiis testiert hätte. Nun steht aber das Gegenteil fest.

Uebrigens hat schon Gans, Röm. Erbrt. Bd. 2 S. 46 flg. ähnliche Gedanken entwickelt wie Schulin. Diese Ausführungen scheinen aber kaum Beifall gefunden zu haben. Wenigstens

erblickt in ihnen Burchardi Lehrb. des röm. Rts. Tl. 2 § 319 Anm. 2 nichts anderes als bloßen 'lusus ingenii'.

Es könnte ja sein, daß dem Julius Cäsär bei seiner testamentarischen Adoption des Octavius das griechische Testament mit εἰςποίησις vorgeschwebt hätte. Es wäre ferner möglich, daß Augustus mit seinem Curiatgesetze eine griechische Einrichtung hätte nachahmen wollen. Vielleicht haben auch andere Römer in griechischer Form testiert. Daraus folgt aber immer noch nicht, daß das griechische Testament mit εἰςποίησις für die Entwicklung des römischen Testamentsrechts von eingreifender Bedeutung geworden wäre. Um so weniger haben wir Ursache, die erst spät bei den Römern auftauchende testamentarische Adoption zu einem wichtigen Rechtsgeschäfte der grauen Vorzeit zu gestalten.

b) Ueber den Inhalt des testamentum in procinctu ist uns auch nicht viel mehr überliefert.

Es heißt bei Plutarch. Cor. 9: ὀνομάζοντας τὸν κληρονόμον. Sollten wir dabei bloß an den Erben zu denken haben? Es ist nicht einzusehen, warum auf diese Weise nicht auch Legate hätten ausgesetzt werden können. Wir werden also wohl κληρονόμος in einem weiteren Sinne zu nehmen und darunter jeden zu verstehen haben, dem aus der Erbschaft etwas zuerteilt wurde, der etwas an sich nimmt. Darunter würde auch der familiae emptor fallen. Und die Anspielung bei Cicero de oratore 1, 53 §§ 227. 228 legt den Gedanken nahe, daß es ebenfalls möglich war, in dieser Form Vormünder zu bestellen.

Ist es ferner richtig, daß der Ursprung der Erbeseinsetzung auf dem Gebiete des Manzipationstestamentes zu suchen, so werden wir für die alte Zeit die Erbeseinsetzung vom testamentum in procinctu überhaupt fern zu halten haben.

Schließlich handelt es sich immer nur um ein Zeugnis aus verhältnismäßig später Zeit. Plutarch lag im Jahre 66 n. Chr. als Jüngling seinen Studien in Griechenland ob: siehe Mommsen Ges. Schr. Bd. 7 S. 225. Es könnten hier sehr wohl jüngere Rechtsbegriffe in eine alte Zeit hinein-

verlegt sein. Auch steht nichts der Annahme im Wege, daß sich in späterer Zeit die Erbeseinsetzung vom Manzipationstestamente auf das testamentum in procinctu übertragen hätte.

4. Altersverhältnis der drei Testamentsformen. II, 101. 102.

Nach Gajus zu urteilen hätten die beiden öffentlichen Testamente zunächst allein bestanden, und das Manzipationstestament wäre erst später hinzugekommen: accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur.

Diesen Gedanken hat dann der Nachgajaner in hausväterlicher Weise weiter ausgeschmückt.

Die Sache wird ihre Richtigkeit haben, sofern es sich handelt um das jüngere Manzipationstestament. Ob diese Auffassung aber auch zutrifft für das ältere Manzipationstestament ohne Erbeseinsetzung, ist mir sehr zweifelhaft.

Zunächst mag darauf hingewiesen sein, daß wir in der einseitigen letztwilligen Verfügung überhaupt kein uraltes Rechtsgeschäft zu erblicken haben. Das zweiseitige Geschäft geht dem einseitigen vorauf. Vgl. Bruck Schenkung auf den Todesfall S. 15 flg. S. 56 flg.; Verfügungen von Todes wegen S. 28.

Nun ist die Manzipation von Haus aus ein zweiseitiges Geschäft, die dann benutzt worden zur einseitigen letztwilligen Verfügung. Hier haben wir also klar vor uns den Uebergang vom zweiseitigen zum einseitigen Geschäft. Deshalb nehme ich an, daß hier der Ursprung des römischen Testamentes zu suchen.

Von diesem Standpunkte aus wäre dann gleichzeitig der Inhalt der beiden öffentlichen Testamente gegeben; wir werden ihn uns für die alte Zeit in ähnlicher Weise vorzustellen haben, wie ihn uns das alte Manzipationstestament darbietet. Wenigstens läge diese Schlußfolgerung unendlich viel näher, als die Annahme, daß die griechische εἰςποίησις in dieser Beziehung von Einfluß gewesen wäre.

Mit diesem Inhalt werde ich mich unten Erkl. 6 näher beschäftigen.

5. Quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam. II, 104.

Der Testator mußte berechtigt sein zur Testamentserrichtung. Dieser Satz wird hier zurückgeführt auf eine lex publica.

Lex publica ist der vollere Ausdruck für Gesetz: vgl. Mommsen Röm. Staatsrt. Bd. 3 S. 310. Den Gegensatz bildet das legem dicere des Privatmannes. Hier wird unter lex publica das Zwölftafelrecht zu verstehen sein. Vergl. Gai. ad leg. XII tab. fr. 4 de coll. 47, 22: dum ne quid ex publica lege corrumpant.

Der Testator mußte vor allen Dingen Testierfähigkeit besitzen. Davon wird unten Erkl. 11 näher gehandelt werden.

Hier möchte ich nur auf Schranken hinweisen, die auch für den an sich Testierfähigen in Betracht kamen.

1. Zunächst: wer einen suus hinterließ, durfte in alter Zeit nicht über sein Vermögen testieren.

Diese Schranke wird freilich im allgemeinen nicht anerkannt. So soll nach Ehrlich Z. für vergl. Rtsw. Bd. 17 S. 99. 100 die Annahme, ursprünglich wäre die Testamentserrichtung überhaupt nur mangels Leibeserben zulässig gewesen, weder ein mittelbares noch ein unmitteibares Zeugnis für sich haben.

Ob aber nicht vielleicht doch ein mittelbares Zeugnis vorhanden wäre? Man betrachte sich einmal genau den Zwölftafelsatz V, 4 Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.

Es heißt nicht Si intestato moritur, suus heres familiam habeto; si suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Die Möglichkeit, über ein Vermögen zu testieren, wird erst in dem Fall berücksichtigt, wenn kein suus heres da ist. Wenn also ein suus heres gegeben, so kann von einer testamentarischen Verfügung über das Vermögen keine Rede sein.

Man möchte vielleicht einwenden, der Beweis sei kein zwingender. Aber jedenfalls ist in der Zwölftafelstelle nicht zum Ausdruck gebracht, daß beim Vorhandensein von sui heredes ein Testieren über das Vermögen möglich sei. Und wenn in der Tat der suus einem solchen Testieren nicht im Wege gestanden hätte, so begreift man nicht: warum auf eine Testiermöglichkeit bloß für den Fall hingewiesen wurde, daß kein suus vorhanden.

Die Grundbedeutung von heres ist 'Waise': siehe Bd. 1 S. 249. Cui suus heres nec escit bedeutet demnach: wem sein (seine) Waise fehlen wird; genauer: wem sein (seine) Waise nicht anfängt zu sein. Darunter ist aber nicht bloß zu verstehen der leibliche, sondern ebenso der künstliche Abkömmling. Wer keine leiblichen Kinder hatte, konnte sich solche durch Arrogation verschaffen. Die Arrogation war im alten Rom ein hochwichtiges Rechtsgeschäft, das zugleich einen Ersatz darbot für die noch nicht vorhandene Erbeseinsetzung.

Der Volksbeschluß, lex curiata, welcher die Arrogation zuwege brachte, wird in alter Zeit auch wohl benutzt sein zu einer Adoptio im engern Sinne, als hierfür noch keine bequemere Form gefunden war.

Ferner gehört hierher die nachgelassene Wittwe, die uxor in manu.

Desgleichen werden nachgeborene Kinder schon nach Zwölftafelrecht ein Testament umgestoßen haben. Vgl. Ulp. fr. 3 § 9 de suis et leg. 38, 16: Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus. Ulp. 22, 19: ex iure ciuili. Gell. n. a. 3, 16 § 12.

2. Eine andere Schranke hat mich schon beschäftigt Bd. 1 S. 212 flg.

Die Manzipation wird sich ursprünglich auf bewegliche Sachen beschränkt haben und ist erst später auf Grundstücke ausgedehnt worden.

Denselben Verlauf haben wir anzunehmen beim Manzipationstestament.

Die ursprüngliche Beschränkung kommt zum Ausdruck in dem Satze der Zwölftafeln V, 3: Uti legassit super pecunia.

Dagegen liegt die Erweiterung schon zugrunde der Formel bei Gajus, von der gleich näher zu handeln sein wird: Familiam pecuniamque tuam rel.

3. In der zuletzt angeführten Zwölftafelnstelle heißt es dann weiter: tutelaue suae rei.

Ich vermag dieser Verbindung kein Verständnis abzugewinnen und ersetze suae rei durch su aerei = sui aerei = sui heredis. Vgl. Bd. 1 S. 248.

Jedenfalls kann unter dieser tutela nur verstanden werden eine Vormundschaft über unmündige sui. Auf gleiche Stufe ist zu stellen die custodela über die furiosi. Siehe unten Erkl. 6 unter 2. Damit wird aber auch hier die Testierbefugnis des Vaters erschöpft gewesen sein.

4. Die Vorstellung, die wir auf diese Weise vom alten Rechtszustande gewinnen, würde sehr unvollständig sein, wenn wir uns daneben nicht der väterlichen Teilung erinnern wollten.

Dieselbe ist ein uraltes Rechtsgebilde. Sie geschah formlos und konnte vom Vater in ganz beliebiger Weise vorgenommen werden. Vgl. unten Erkl. 21 unter 1.

Lag solche Teilung nicht vor, so trat unter den sui von Rechts wegen ein consortium ein. Es ist dies der älteste Fall der allgemeinen Gütergemeinschaft. Geschwister und Mutter blieben zusammen im väterlichen Hause wohnen: Cic. in Verr. II, 3, 23 § 57; Liu. 41, 27 § 2; Paul. fr. 31 § 4 de excus. 27, 1. Vgl. unten Erkl. 21 unter 2.

Dieses consortium dauerte so lange fort, bis eine Teilung beantragt und bewerkstelligt wurde. Bis dahin sprach man von einem consortium ercto non cito: Gell. n. a. 1, 9 § 12. Wie erklärt sich diese Bezeichnung?

Erctum oder, wie man auch schrieb, herctum soll nach Walde S. 284 bedeuten ‘Erbgut, Erbe’ und herctum ciere ‘die

Erbschaft teilen'. Aehnlich übersetzt schon Leist, Zur Gesch. der röm. Societas S. 22, in Anlehnung an Vaniček, herctum ciere mit 'das in Besitz Genommene teilen'. Ob aber damit die altrömische Auffassung genau wiedergegeben, scheint mir zweifelhaft zu sein.

Nach Fest. Th. 78 ist Inercta so viel als indiuisa. Also wäre erctum das Geteilte, etwa der Erbteil, aber nicht das Erbgut. An einer anderen Stelle Fest. Th. 58 heißt es: erctum a coercendo dictum. Das ist vermutlich sprachlich nicht zu halten. Aber beides sind doch verwandte Begriffe. Denn wo Erben sich auseinandersetzen, wird jeder auf seinen Teil eingeschränkt.

Citum autem est uocatum a ciendo heißt es Fest. Th. 58; und Fest. Th. 46 gibt ciere mit nominare wieder. Auch durch euocare wird es erklärt: Goetz ad leg. XII tab. ann. Index schol. aest. Ien. 1889 pag. VII. VIII. Demnach wäre citum das Gerufene, Ausgerufene, Genannte.

Cic. de or. 1, 56 § 237 bringt die Erbteilungsklage mit dem herctum cieri in Verbindung; und es ist längst bemerkt, daß wir in diesen Worten den Bestandteil einer legis actio zu erblicken haben: Schoell XII tab. pag. 133; Lenel, Ed.[1] S. 163, Ed.[2] S. 201. Dabei kann nur in Betracht kommen die legis actio per iudicis postulationem: vgl. Cic. pro Caec. 7, 19. Deren Vornahme hätten wir uns etwa in dieser Weise vorzustellen: Quod inter me et te erctum cieri oportet, te, praetor, arbitrum postulo, uti des. Wegen des inter vgl. lex Rubr. Bruns-Gr. n. 16 cap. 23 Zle. 54.

Geschrieben sind die libri de oratore im Jahre 699/55. Damals wurde also die Erbteilung noch eingeleitet durch eine legis actio.

Mit der legis actio ist gegeben das mündliche Verfahren. So werden wir uns demnach auch das Urteil vorzustellen haben, und die Bezeichnung für dieses Urteil wäre erctum citum gewesen.

Bei Fest. Th. 58 heißt es Erctum citumque fit inter consortes. Dieses que hat Anstoß erregt. Scaliger streicht es; M. Voigt, XII Tafeln Bd. 2 S. 511 ersetzt es durch quod; Goetz praef. zu Loewe, Glossae nominum pag. XV nimmt erctum für den Akkusativ und schlägt vor: erctum citum dicebant antiqui qui.

Mir ist fraglich, ob solche Aenderungen nötig sind. So findet sich neben sarta tecta bei Ulp. fr. 7 § 1 de off. proc. 1, 16 sarta tectaque; neben praedes litis uindiciarum bei Gai. IV, 16 litis et uindiciarum: neben liberos parentes patroni patronae bei Ulp. fr. 10 § 5 de in ius uoc. 2, 4 liberos parentesque patroni patronaeque.

Allerdings sind die zweigliedrigen Asyndeta eine Eigentümlichkeit der alten Rechtssprache: vgl. darüber Kalb J. L. S. 37 flg.; Wegweiser S. 134 flg. Und die ältere Form wird jedenfalls erctum citum gewesen sein. Wie mögen sich diese Asyndeta erklären?

Nach Kalb könnten einige schon aus einer Zeit stammen, wo die Sprache den Gebrauch der Partikeln noch nicht in der spätern Ausdehnung kannte. Ferner bedeute ope consilio Dionis etwas ganz anderes als ope atque consilio Dionis.

So dürfte es sich auch mit erctum citum und erctum citumque verhalten. Das Asyndeton kann schon uralt sein, duldet aber auch eine sachliche Erklärung. Bei der Verbindung mit que denke ich mir beide Handlungen in einer Aufeinanderfolge: erst das Teilen, dann das Ausrufen. Beim Asyndeton erscheinen beide Handlungen als gleichzeitig. Die etwa voraufgegangene tatsächliche Teilung erscheint lediglich als eine Vorbereitung für die Teilung im Rechtssinne. Erctum citum ist nicht das Geteilte und Ausgerufene, sondern das als Geteiltes Ausgerufene.

Von diesem Standpunkte aus ließe sich auch der Ausdruck ercisco erklären. Ercisco ist Inchoativ von erco, heißt also: ich fange an zu teilen. So könnte denn mit einem Ercisco das Verfahren vom Teilungsrichter eingeleitet sein. Und dieses

Verfahren nannte man dann arbitrium familiae erciscundae. Einen de familia eerceiscunda deiuidunda iudicium begegnen wir lex Rub. Bruns-Gr. cap. 23 Zle. 54. 55.

Demnach wäre erctum citum der Name für das Teilungsurteil und consortium ercto non cito eine Vereinigung, die mit dem Tode des Erblassers gegeben, wo es noch nicht zu einem Teilungsurteile gekommen.

Mit der hier versuchten Erklärung befinden sich allerdings zwei Aussprüche nicht in Einklang, die sich an Verg. Aen. 8, 642. 643 anlehnen. Mit dieser Stelle belegt Non. Marcellus 265 folgenden Sprachgebrauch: 'citum', diuisum uel separatum. Und bei Seruius in Verg. Aen. 8, 642 heißt es: Donatus hoc loco contra metrum dicens 'citae' diuisae, ut est in iure 'ercto non cito' id est patriomino uel haereditate non diuisa, nam 'citus' cum 'diuisus' significat, 'ci' longa est.

Vielleicht liegt hier ein Mißverständnis vor. Ercto non cito kann doch unmöglich so viel bedeuten wie patrimonio uel haereditate non diuisa. Hier ist offenbar ein Hauptbegriff ausgefallen, dem wir zum ercto non cito noch hinzunehmen müssen: und dieser Hauptbegriff ist kein anderer als consortium, mit dem auch Gell. n. a. 1, 9 § 12 das ercto non cito verbindet. Consortium ercto non cito ließ sich füglich errlären durch patrimonio uel haereditate non diuisa. Das non diuisa entsprach dann dem ercto non cito, während wir patrimonium auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft, hereditas auf den eingetretenen Erbfall beziehen könnten. Nun war consortium ausgefallen: so kam man denn dazu, non diuisa mit dem non cito zu verbinden; und ercto wohl gar mit patriomonio uel haereditate! Ein derartiges Mißverständnis konnte sich in späterer Zeit um so leichter einstellen, als bereits Quint. inst. or. 7, 3 § 13 erctus citus den dunkleren und unbekannteren Ausdrücken zuweist.

Mag es indes mit diesem Mißverständnis eine Bewandtnis haben, welche es wolle, auf alle Fälle haben wir folgenden Tatbestand vor uns.

Zwei verschiedene Erklärungen von erctum citum. Die eine aus Festus, welche zurückgeht auf Verrius Flaccus, also auf die Augusteische Zeit, wo die hier in Betracht kommende legis actio vielleicht noch in Uebung war oder doch erst kurze Zeit abgeschafft sein konnte. Die andere von Non. Marcellus, Donatus, Servius aus dem Ende des dritten bezw. dem vierten Jahrhundert, wo die betreffende legis actio längst abgeschaft war. An welche von beiden Erklärungen wir uns unter diesen Umständen anzulehnen haben, kann wohl nicht zweifelhaft sein.

Von den bisherigen Erklärungen seien noch folgende erwähnt.

Salmasius, Plinianae exercitationes pars 2, Parisiis 1629, pag. 1262. 1263 hält Donatus für einen zuverlässigen Gewährsmann, während er von Festus nichts wissen will.

Sorof zu Cic. de or. 1, 56 § 237 hält herctum für das Supinum, ergänzt zu herctum ciere einen arbiter und übersetzt: 'den arbiter zur Erbschaftsteilung auffordern'.

M. Voigt, XII Tafeln Bd. 2 S. 511 hält erctum ebenfalls für das Supinum, übersetzt erctum ciere 'zum Teilen rufen' und bildet eine sehr verwickelte Formel.

Corssen, Krit. Beiträge zur lat. Formenlehre S. 41 nimmt herctum als Partizip und übersetzt es mit 'Genommenes'; herctum ciere soll bedeuten 'das Erbteil heischen oder fordern'. Vergl. dagegen Bugge Jahrb. für Phil. Bd. 105 S. 95. Ercisco hält Corssen für Inchoativ eines von ihm angesetzten hercio. Es soll bedeuten 'zu nehmen beginnen', daher 'ein Erbteil in Anspruch nehmen'. Eine andere Herleitung des ercisco, die Corssen verwirft, wäre von hercticiscere. Darnach würde ercisco bedeuten 'ich fange an, das Geteilte auszurufen'.

Karlowa, Legisactionen S. 143 nimmt ercto non cito für Worte der Zwölftafeln und übersetzt: er soll nicht zur Teilung rufen, auffordern. Vgl. dagegen Pernice Z. R.G. Bd. 16 S. 71.

6. Der Inhalt des ältesten Manzipationstestamentes. II, 103. 104.

Als Personen treten uns beim ältern Manzipationstestamente entgegen: der Testator, der Treuhänder, der Legatar.

Der Testator trifft die Verfügung. Er wendet sich dabei an den Treuhänder. Zugute kommen kann die Verfügung einem Dritten, dem Legatar.

Gegenstand der Verfügung ist das Vermögen des Testators.

1. Dieses Vermögen des Testators nennt der Treuhänder in seiner Formel Familiam pecuniamque, und mit dieser Verbindung haben wir uns zunächst auseinanderzusetzen.

Nach Ihering, Geist Tl. 2[3] S. 157. 161 ist familia pecuniaque etwa: Haus- und Viehschaft. O. Schrader, Reallex. S. 222 nimmt als eigentliche Bedeutung von familia an: Hausbewohnerschaft. In der historisch bezeugten Zeit bedeute aber familia zuerst nur das Hausvermögen und das Gesinde. Nach Mitteis, Röm. P. Bd. 1 S. 79 bezeichnet familia ursprünglich nur das sächliche Hauswesen oder einen Teil desselben mit Ausschluß der freien Familienmitglieder. Die alten Ausdrücke pater-, mater-, filiusfamilias seien zunächst keine Benennung für die Stellung in der persönlichen Familie, sondern für die Stellung zum Familiengut gewesen. Also ursprüngliche Vorstellung: Hausvater, Hausmutter, Haussohn. Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 359. 900 hebt richtig hervor, daß man in alter Zeit Forderungen und Schulden nicht mit zur familia pecuniaque gerechnet habe. Die gehen uns also auch nichts an. Dieser Folgerung ist freilich Karlowa ausgewichen.

Wir haben es demnach zu tun mit einem Vermögen, das lediglich aus körperlichen Sachen besteht, und für dieses Vermögen findet sich gebraucht der Ausdruck familia pecuniaque. Davon wird sich familia auf das Haus, das Grundstück beziehen, während wir bei der ergänzenden pecunia an die Fahrnis zu denken haben.

Der familia allein begegnen wir dreimal im Zwölftafelrecht. Das eine Mal bezieht es sich auf Personen: V, 8. In den anderen beiden Stellen bedeutet es 'Vermögen': V, 4. 5.

Wie familia zu der allgemeinen Bedeutung 'Vermögen' gelangen konnte, ist so schwer nicht zu erklären. Es ist zu betrachten als ein abkürzender Ausdruck für familia pecuniaque. Vgl. Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 80.

Pecunia treffen wir ebenfalls dreimal allein in den Zwölftafeln an. Das eine Mal hat es noch die Bedeutung 'Vieh': X, 7. In den andern beiden Stellen bedeutet es 'Vermögen': V, 3. 7 a.

Wie pecunia zu der allgemeinen Bedeutung von 'Vermögen' gelangte, ist schon schwieriger zu erklären.

Die Stelle V, 3 Uti legassit super pecunia hat mich bereits beschäftigt Bd. 1 S. 212. 247; und oben Erkl. 5 S. 110. Am nächsten liegt doch wohl die Annahme, daß der Testator einmal in alter Zeit nur über bewegliche Sachen letztwillig verfügen konnte. Diese Annahme ist um so mehr geboten, als die Manzipation überhaupt sich einmal auf die beweglichen Sachen beschränkte. So hatte sich das legare super pecunia einmal festgesetzt; und dabei blieb es, als das legare später in einem weiteren Umfange zulässig wurde.

Uebrigens hat pecunia die allgemeine Bedeutung von 'Vermögen' schon im Zwölftafelrecht. Dies ergibt die Beziehung, in welcher die drei Stellen V, 3. 4. 5 zu einander stehen. Das hatte ich mir Bd. 1 S. 212 noch nicht völlig klar gemacht.

So könnte es sich nun auch mit der anderen Stelle V, 7a verhalten: Si furiosus escit, adgnatûm gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. In Anlehnung an diese Bestimmung hat sich der Satz entwickelt: agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest. Siehe II, 64 und dazu Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 38. Ursprünglich wird sich diese Veräußerungsbefugnis des agnatus furiosi curator auf die be-

weglichen Sachen beschränkt haben, ergriff dann aber schon nach Zwölftafelrecht auch die Grundstücke.

2. Die Befugnisse, welche dem Treuhänder in bezug auf das Vermögen eingeräumt wurden, ergeben sich aus dessen Erklärung. Auf Familiam pecuniamque tuam folgen die Worte: endo mandatela tutela mea custodelaque mea esse aio.

Der Text ist freilich nicht ganz sicher; aber jedenfalls sind die Worte mandatela und custodela vollständig, und tutela wenigstens stückweise überliefert.

Es fehlt freilich nicht an sonstigen Vorschlägen. Eingehend beschäftigt sich mit dieser Stelle Salkowski Z. R. G. Bd. 16 S. 197 flg. Er gelangt zu einer Formel, die so beginnt: Familiam pecuniamque tuam endo tutela (et ut quidam adiciunt: custodelaque) mea esse aio. Das will mir gar wenig zusagen. Auf diese Weise behielten wir ja bloß den tutor übrig; und die mandatela, meines Erachtens gerade die Hauptsache wäre ganz ausgemerzt.

Ich betrachte die drei Worte, welche nach meinem Dafürhalten zugrunde zu legen sind, für Blanketworte; von denen im einzelnen Falle so viel gebraucht wurde, als gerade nötig war.

Beim einfachen Treuhänder genügten die Worte: Familiam pecuniamque tuam endo mandatela mea esse aio.

Sollte der Treuhänder zugleich Vormund sein, so wird er haben sagen müssen: endo mandatela tutela mea esse aio.

Die custodela bringe ich in Verbindung mit V, 7b der Zwölftafeln: ast ei custos nec escit. Und dieser Satz ist unmittelbar anzuschließen dem Satze, den Bruns unter V, 7a davon abgetrennt hat: Si furiosus escit, adgnatûm gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.

Die Zwölftafelstelle ist uns zwar nicht in dieser Zusammengehörigkeit überliefert. Der Anfang Si . . esto ist entlehnt dem Rhet. ad Her 1, 13 § 23 = Cic. de inu. 2, 50 § 148; den Schlußsatz bringt Festus Th. S. 162 unter Nec. Aber daß die Festusstelle hier ihren Platz finden müsse,

war bereits zur Zeit des J. Gothofredus die herrschende Ansicht. Ihm folgen Dirksen, Zwölf-Tafel-Fragmente S. 369 flg. und Schoell pag. 130. Bruns ist freilich anderer Meinung, aber gegen ihn hat sich wieder Mommsen erklärt.

Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum ein Vater, der für sein unmündiges Kind im Testament einen tutor bestellen konnte, nicht auch in ähnlicher Weise für ein geisteskrankes Kind hätte Vorsorge treffen dürfen. Ein solcher Hüter hieß custos, was eine ältere Bezeichnung für curator sein wird. Auf ihn weist uns hin die custodela, worin wir einen älteren Ausdruck für cura, curatio zu erblicken haben. Der Treuhänder, welcher zugleich zum custos bestellt wurde, sprach die Worte: Familiam pecuniamque tuam endo mandatela custodela mea esse aio.

3. Der Treuhänder konnte also zugleich tutor bezw. custos sein. Die Rechte und Pflichten, welche mit der tutela oder custodela verknüpft waren, gehen uns hier nichts an. Ich beschränke mich auf die einfache mandatela.

Die mandatela ist ein Auftragsverhältnis, das aber erst mit dem Tode des Testators Wirksamkeit erlangt. Den Inhalt dieses Auftragsverhältnisses gibt Gajus dahin an: mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet.

Das ist vom Standpunkte des testamentarischen Erbrechtes aus sehr erklärlich. Aber damit wird der Inhalt nicht erschöpft. Denn neben der Auskehrung der Legate hat der Treuhänder doch auch eine Verwaltungsbefugnis. Und wenn es richtig ist, wie ich Erkl. 5 S. 108 ausgeführt habe, daß ein Vater, der Kinder hinterließ, zum legare gar nicht berechtigt war: so wird sich im Falle einer tutela bezw. custodela die mandatela auf eine Verwaltung des Vermögens beschränkt haben.

Daß die Verpflichtung erst mit dem Tode des Auftraggebers beginnt, ist noch später in anderen Fällen zugelassen. Vgl. Ulp. Marcellus fr. 12 § 17; Gai. fr. 13 fr. 27 § 1 (Lenel 232) mand. 17, 1. Man hat bei diesen Stellen an

Interpolation gedacht. Siehe z. B. Zimmern Arch. civ. Pr. Bd. 4 S. 241. 242; Pernice, Labeo Bd. 3 S. 129. Ich möchte eher glauben, daß sich hier eine alte Anschauung erhalten hat.

4. Die Legate konnten den Nachlaß erschöpfen, es konnten aber auch Sachen übrig bleiben. Diese gehörten dem Treuhänder, denn ihm war ja das ganze Vermögen manzipiert.

Erschöpften die Legate den ganzen Nachlaß, so war die Rolle, die dem Treuhänder zukam, lediglich die eines Testamentsvollstreckers.

Sollte aber dem Treuhänder ebenfalls etwas zufallen, so haben wir einen doppelten Erwerb vor uns: den der Legatare und den des Treuhänders.

Nun tritt uns ein doppelter Erwerb II, 225. 226 entgegen bei der lex Furia und lex Voconia. Es heißt hier: legatorum nomine mortisue causa capere. Dieses mortis causa capere werden wir vor allen Dingen, wenn nicht ausschließlich, zum Erwerb des Treuhänders in Beziehung setzen können.

Mit diesem mortis causa capere wäre dann gleichzeitig gegeben die mortis causa donatio.

5. Beim Treuhänder werden wir aber nicht den Ursprung der mortis causa donatio suchen wollen. Die Schenkung todeshalber ist vielmehr ein uraltes Rechtsgeschäft.

Man pflegt den Ursprung der Schenkung todeshalber auf den Fall zurückzuführen, wenn eine Todesgefahr unmittelbar bevorstand. Vgl. Hasse Rhein. Museum Bd. 2 S. 218; Keller Inst. S. 343; Cohen Schenkung von Todeswegen S. 9; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 945.

In der Tat tritt uns ein Fall dieser Art bereits entgegen bei Homer Od. 17, 78—83. Hier schenkte Telemachos dem Peiräos für den Fall, daß die übermütigen Freier ihn heimtückisch im Palaste ermorden sollten, πατρώϊα πάντα. Darauf nimmt ausdrücklich Bezug Marcianus fr. 1 § 1 de m. c. don. 39, 6 = I. I. II, 7 § 1. Vgl. dazu Bruck, Schenkung auf den Todesfall S. 4 flg.

Später sind dann Schenkungen für den Fall gemacht worden, daß der Schenker vor dem Beschenkten stirbt, ohne daß eine unmittelbare Gefahr drohte.

Gegenstand einer solchen Schenkung waren zunächst einzelne Sachen. 'Mit der Zeit haben sich diese Zuwendungen von Nachlaßteilen zu Vergabungen des ganzen Nachlasses ausgewachsen'.

Dieser von Bruck S. 150 aufgestellte Satz ließe sich der Manzipation etwa in folgender Weise anpassen.

Anfangs werden einzelne bewegliche Sachen geschenkt sein. Dann die gesamte Fahrnis, die gesamte pecunia.

Die Manzipation der pecunia konnte begleiten eine nuncupatio, mittelst welcher der Schenker dem Beschenkten Legate auferlegte: Sohm, Inst.[14] S. 723. Damit haben wir das älteste Legatentestament in Manzipationsgestalt, wie es uns noch deutlich entgegentritt in dem Satze der Zwölftafeln V, 3: Uti legassit super pecunia . . ita ius esto.

Später hat sich die Manzipatio nicht mehr beschränkt auf bewegliche Sachen. Es wird möglich, das gesamte Vermögen zu manzipieren einschließlich der Grundstücke. Auf diesen Zustand weist uns hin das Familiam pecuniamque der Formel.

Diese Manzipation eines ganzen Vermögens haben wir uns zunächst vorzustellen ohne Anfügung von Legaten. Und diese Möglichkeit einer Schenkung todeshalber könnte sich erhalten haben neben dem Legatentestament. Diese Möglichkeit wird im Auge zu behalten sein. Vgl. unten Erkl. 66 unter 7c.

Hier wende ich mich freilich gleich wieder dem Legatentestamente zu.

6. Gajus sagt vom Treuhänder: heredis locum optinebat. Das ist insofern richtig, als der Treuhänder im alten Manzipationstestamente die Hauptperson war, was später der heres wurde. Aber der Treuhänder ist doch eine ganz andere Persönlichkeit. Einmal erinnert sein Auftreten noch durchaus an den Nehmer bei einer gewöhnlichen Veräußerung. Und auch sonst unterscheidet er sich wesentlich von einem Erben, namentlich

insofern, als er nichts mit den Forderungen und Schulden zu tun hatte.

Die Stellung des Treuhänders ist nicht immer scharf vom Erben abgegrenzt und auch sonst verschieden aufgefaßt.

a) Nach Girard-von Mayr S. 878 'war das Testament durch Manzipation unwiderruflich, weil es in Form einer Veräußerung vorgenommen wurde'. . 'Ja noch mehr: wenigstens in seiner ursprünglichen Gestalt mußte es logischerweise die sofortige Enteignung dessen, der es errichtete, nach sich ziehen'.

Diese Ansicht halte ich nicht für richtig.

Was zunächst die Unwiderruflichkeit anbetrifft, so setzt sie sich in Widerspruch mit dem Satze: Quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam. Unter testamentum haben wir in späterer Zeit zu verstehen eine letztwillige widerrufliche Verfügung. Und ich vermag nicht einzusehen, warum wir diese Bedeutung obiger Formel ferne halten wollten.

Die Veräußerung braucht uns auch nicht weiter zu beunruhigen. Allerdings ist hier beim Testamente ein Rechtsgeschäft benutzt worden, das von Haus aus dazu diente, eine richtige Veräußerung zu verwirklichen. Aber es fehlt doch keineswegs an Bestimmungen darüber, wie diese Veräußerung gemeint. Einmal soll sich das Vermögen nur in der mandatela des Treuhänders befinden. Er soll den Auftrag des Testators zur Ausführung bringen. In dieser Beziehung kommt vor allen Dingen das ita do, ita lego in Betracht. Es handelt sich nicht um ein einfaches do. Dieses do enthält seine nähere Bestimmung durch das lego.

b) Wesentlich anders faßt Sohm Auflage 1 S. 349, Auflage 14 S. 723 die Sache auf. Ihm zufolge soll der Treuhänder 'nur (formell) der Form nach Eigentümer des Nachlasses sein'.

Jedenfalls haben wir aber die Sachen auszunehmen, die der Treuhänder für sich behalten soll. In dieser Beziehung wird ihm das volle Eigentum nicht abzusprechen sein. An diese Sachen hat Sohm auch gar nicht gedacht.

Sofern dann aber Legate in Frage stehen, taucht die Frage auf: was unter dem formellen Eigentum zu verstehen sei, und ob wir die Annahme eines Eigentums überhaupt nötig haben. Mit dem Todesfall hört das Eigentum zunächst auf, es braucht nicht gleich ein neuer Eigentümer der Erbschaftssachen da zu sein.

c) In Anlehnung an die Form der Bestellung möchte ich den Treuhänder auffassen als einen Bevollmächtigten des Testators, der bei Vindikation von Sachen sich etwa so ausdrückte: hanc ego rem ex iure Quiritium defuncti fuisse eamque in mea mandatela esse aio.

Aehnlich hat sich schon Schulin S. 54 flg. ausgesprochen.

Unser heutiger Testamentsvollstrecker ist doch auch kein Eigentümer, sondern lediglich Verwalter. Gleichwohl können die seiner Verwaltung unterliegenden Rechte nur von ihm gerichtlich geltend gemacht werden: B.G.B. § 2212.

d) Alfred Schultze in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 6 flg. stellt einander gegenüber den Treuhänder des römischen Rechtes und den Treuhänder des germanischen Rechtes. Er findet: daß der römische Treuhänder eine den gesetzten Zweck überschießende Rechtsmacht gehabt, während das germanische Recht es verstanden habe, jeden dem Zweck zuwiderlaufenden Gebrauch dinglich unwirksam zu machen. Dafür wird Bezug genommen auf das pactum fiduciae.

Diese Bemerkung dürfte indessen für unsern Treuhänder kaum zutreffen. Von einem pactum fiduciae kann hier keine Rede sein: Oertmann, Fiducia S. 154. Andererseits ist das älteste Legat das Vindikationslegat: Wlassak Z. R. G. Bd. 44 S. 206. Hierauf weist uns das do lego in der nuncupatio ausdrücklich hin. Und dieser Legatar war nach allen Richtungen mit dinglicher Macht ausgerüstet.

Voraussetzung des Vindikationslegates war quiritisches Eigentum des Testators, abgesehen von den vertretbaren Sachen in zwei Zeitpunkten, zur Zeit der Testamentserrichtung wie beim Tode: II, 196.

Die erstere Voraussetzung weist noch deutlich genug hin auf die Anlehnung an die zweiseitige Veräußerung, und dem entspricht auch das do.

Dieses do wird aber näher bestimmt durch das lego und dem entspricht die zweite Voraussetzung.

Die Formel können wir uns etwa in dieser Weise vorstellen: Hanc ego rem ex iure Quiritium testatoris fuisse et quo tempore testamentum fecisset et quo mortuus esset eamque rem mihi legatam esse aio.

Es leuchtet ein, daß einer solchen Behauptung gegenüber der Treuhänder mit einer Berufung auf seine mandatela nichts auszurichten vermochte. Und neben der Klage wird dem Legatar auch der Weg der Selbsthilfe nicht verschlossen gewesen sein. Vgl. Wlassak Z. R.G. Bd. 44 S. 202 A. 1.

Andererseits ist mir zweifelhaft: ob dem alten Vindikationslegatar, wenn der Treuhänder den ihm gewordenen Auftrag nicht ausführte, neben Selbsthilfe und dinglicher Klage überall eine persönliche Klage zustand. Denn das hätte bedeutet: nötigenfalls Schuldhaft, Verkauf in die Fremde, Tötung.

e) Mitteis R. Pvrt. Bd. 1 S. 77 Anm. 11 verkennt nicht die Bedeutung des Umstandes, 'daß die testamentarische Manzipationsformel bei Gai. 2, 104 sich mit jener der gewöhnlichen Manzipation . . nicht deckt'. Aber andererseits scheint ihm Ulp. fr. 1 § 6 de quaest. 48, 18 auf 'ein wenngleich nur formalistisches Eigentum des fam. emt.' hinzuweisen. Dabei stützt sich Mitteis auf einen ursprünglichen Text, wie ihn Muretus und Lenel annehmen.

In den Digesten ist die Stelle in dieser Weise überliefert: Diui fratres Leliano Longino rescripserunt de seruo heredum non esse habendam quaestionem in res hereditarias, quamuis suspectum fuisset, quod imaginaria uenditione dominium in eo quaesisse heres uideretur.

Ich verstehe die Stelle dahin. Die Vernehmung von Sklaven ist im allgemeinen zulässig zugunsten des Herrn, aber

nicht zu dessen Belastung. Vgl. Mommsen R. Strafrt. S. 414.

Ist nun eine Erbschaft angetreten, so werden die einzelnen Erben Miteigentümer der einzelnen Erbschaftssachen. Sind dann Erbschaftssachen abhanden gekommen und wird ein Miterbe beschuldigt, hierbei beteiligt zu sein; so dürfen dessen eigene Sklaven nicht gegen ihn als Mitgentümer aussagen und vernommen werden: de seruo heredum non esse habendam quaestionem in res hereditarias.

Selbst nicht im Falle einer imaginaria uenditio.

Gegenstand dieser imaginaria uenditio ist ein Sklave, an dem auf diese Weise ein Miterbe das Eigentum erworben hatte. Wir werden dabei zu denken haben an den nummis suis emptus seruus. Hier erscheint der Freie, der den Kauf abschloß, als ein imaginarius emptor: Ulp. fr. 4 §§ 1. 7 de manum. 40, 1: und der Kaufpreis als eine imaginaria emptio: Ulp. ebenda § 2. In unserer Stelle ist statt dessen von imaginaria uenditione die Rede, woran man doch keinen Anstoß zu nehmen braucht.

Verdächtig, suspectum, ist die Sache allerdings. Denn man fragt unwillkürlich: wo kam das Geld her? Aber diesen bloßen Verdacht halten die Kaiser nicht für hinreichend, den Sklaven des Erben um deswillen der Folterung zu unterwerfen.

So verstanden, weist die Stelle mit keiner Silbe auf einen familiae emptor hin.

Lenel n. 2209 ersetzt heredum durch hereditario; res hereditarias durch familiae emptorem; gestrichen wird fuisset; der heres am Schlusse wieder ersetzt durch familiae emptor.

Diese Aenderungen sind nicht bloß recht willkürlich, sie sind auch in sachlicher Beziehung recht bedenklich. Daß ein Treuhänder sich bei Lebzeiten des Testators dessen Vermögen manzipieren ließ, war doch an sich nichts Verdächtiges; und das dominium widerspräche auf diese Weise dem endo mandatela der Formel.

Muret, auf den sich Lenel bezieht (similiter Muretus), geht insofern anders zu Werke, als er statt des familiae emptorem einen emptorem hereditatis einfügt. Siehe denselben Ottonis Thesaurus Bd. 4 S. 135.

Dagegen hat sich bereits ausgesprochen Schulting Jurispr. ante-Just. S. 493.

Schulting selber möchte heredum ersetzen durch heredis. Dafür beruft er sich auf Bas. 60, 50, 1 § 6 und schol. dazu. Auch Mommsen hat sich dafür ausgesprochen. Nötig ist eine derartige Textänderung meines Erachtens ebenfalls nicht.

7. Die Form des zivilen Manzipationstestamentes. II, 104.

Während uns I, 119 als allgemeine Manzipationsform nur die mündliche Manzipatio vorgeführt wird, haben wir es hier mit einer Schrift zu tun. Das könnte zu der Annahme verleiten, als ob damit das schriftliche Testament gegeben wäre. Demgegenüber ist indes hervorzuheben, daß der Inhalt der Schrift mündlich vom Testator bestätigt werden muß. Insofern befinden wir uns doch noch beim mündlichen Testament. Ich werde darauf zurückkommen: siehe unten Erkl. 16.

Hauptperson neben dem Testator bei der Errichtung ist nach wie vor der familiae emptor. Ein Erbe tritt äußerlich gar nicht hervor, der verbirgt sich in der Schrift. So könnte und wird denn diese Form mit schriftlicher Aufzeichnung des letzten Willens schon älter sein als die Erbeseinsetzung. Ebenso wird anzunehmen sein, daß der familiae emptor einmal in der Schrift als Hauptperson vorkam.

Das scripserit ist nicht etwa so zu verstehen, als ob der Testator das Testament hätte eigenhändig schreiben müssen; im scripserit steckt auch das Schreibenlassen: Zumpt, Lat. Gramm § 712. So ist z. B. das Testament des Dasumius von einem anderen geschrieben, der hier auch genannt war: test. Dasumii Bruns-Gr. Fontes[7] n. 117 Zle. 123.

Das Testament ist eine Erklärung vor Zeugen. Dem zivilen Manzipationstestament sind zwei Bestandteile wesentlich: familiae mancipatio und nuncupatio testamenti. Vgl. Ulp. 20, 9.

Die familiae mancipatio wird bei Gajus noch in recht umständlicher Weise vorgenommen. Hier könnte man später abgekürzt haben. Ich möchte zu derselben in Beziehung setzen Prob. Eins. 46 (Girard 14): F. T. C. familiam testamenti causa. Nahe läge jedenfalls die Erweiterung: in mandatela mea esse aio.

Bei der nuncupatio testamenti ist beachtenswert das mihi vor perhibitote. Hieran sieht man wieder deutlich, wie das Manzipationstestament sich anlehnt an das wirkliche Veräußerungsgeschäft. Man wird das mihi herübergenommen haben vom gewöhnlichen Veräußerungsgeschäfte. Für den Testator paßt das mihi gar nicht, da das Zeugnis erst nach dessen Tode in Betracht kommt. Bei Ulp. 20, 9 ist es auch fortgelassen.

Weist aber das mihi noch auf das wirkliche Veräußerungsgeschäft hin, so muß auch bei der gewöhnlichen Manzipatio in ähnlicher Weise nuncupiert sein, wie bei dem Testamente, nur daß wir hier das ita lego fortzulassen hätten. Dieser einstige Bestandteil der Manzipationsform wäre demnach Bd. 1 Erkl. 36 noch nachzutragen.

Weiter verdient das ita testator unsere Aufmerksamkeit. Ulp. 20, 9 hat ita testor. Ist nun Ulpian nach Gajus, oder Gajus nach Ulpian umzuändern? Kurz vorher in demselben Paragraphen hat die Handschrift von Ulpian ein testor, das unbedingt zu testator erweitert werden muß. Warum also nicht zum zweiten Male? Es ist aber auch möglich, daß die Form inzwischen sich änderte. Ita testor würde heißen: ich erkläre vor Zeugen. Das wäre auf alle Fälle ein ziemlich müßiger Zusatz. So möchte ich es doch lieber mit dem testator versuchen.

8. Ita testator. II, 104.

Was bedeutet dieses testator?

1. Testis und das damit zusammenhängende testari bzw. testare sind in etymologischer Beziehung schwierige Wörter. Man hat testis wohl abgeleitet von stare (te-steti), ferner von τέκειν (erzeugen), oder von teas, tras, trist (halten, unterstützen), indem man das oskische tristaamentud durch testamento erklärte: vgl. Bruns die sieben Zeugen Comm. phil. in hon. Mommseni S. 490 = Kleine Schriften Bd. 2 S. 120. Auch auf die Wurzel tak taksh (bereiten) ist man zurückgegangen: Zeitschr. für vergleich. Sprachf. Bd. 11 S. 73. In bezug auf alle bis dahin unternommenen Versuche bemerkt Vaniček Griech.-latein. Etym. Wörterbuch Bd 1 (1877) S. 311: sub iudice lis est. O. Schrader Reallexikon weist hin auf Stutsch, Beiträge zur Kunde der indogermanischen Sprachen, herausgegeben von Bezzenberger und Prellwitz Bd. 23 (1897) S. 100 flg. Dieser erklärt ebenfalls alle bisherigen Versuche, testis zu verstehen, für ungenügend. Stutsch selber knüpft einmal an das oskische tristaamentud 'testamento' an, sodann an ein inschriftlich aus derselben Sprache bezeugtes, mit akkatus = aduukatus, 'aduocatus' verbundenes trstus. Dieser trstus oder tristus soll dem lateinischen testis entsprechen, und in dem tris das Zahladverb stecken. Demnach wäre 'Dritter' die Urbedeutung von testis. Mit Stutsch stimmt im wesentlichen überein R. Meringer Indogermanische Forschungen Bd. 16 S. 169 flg. Tri-stó-s oder tri-sthós sei der 'Drittsteher' und seine Quelle der Handel. Der eine verkauft, der andere kauft; der eine bietet zugleich die Hand dar, in die der andere einschlägt: der Drittsteher, der Zeuge, löst darauf die Hände, indem er durchschlägt. Sicher soll auch diese Erklärung des testis als eines Dritten keineswegs sein.

2. Von Juristen haben namentlich Danz Der sacrale Schutz S. 33 flg.; Lehrbuch der Gesch. des röm. Rts. Bd. 2²

S. 13 flg. und Ihering Geist Bd. 1[3] S. 140 flg. dem testis ihre Aufmerksamkeit geschenkt.

Nach Ihering ist testis soviel als 'der Garant', 'der Beistand'. Der Ausschluß des weiblichen Geschlechtes bei der Manzipation deute darauf hin: daß die Wahrheit, die er bezeugen solle, ursprünglich in den Fäusten lag.

Danz macht demgegenüber geltend: es finde sich nirgends eine Andeutung, daß der testis 'Beistand' in dem Sinne von 'Beistehender', 'Helfer' sei. Danz seinerseits setzt den Zweck der Aufforderung darein: daß man Beurteiler des Vorganges haben wolle, die testes wären zugleich arbitri.

Dagegen ist wieder einzuwenden: daß über die Rechtlichkeit des Gewollten nicht der Zeuge sondern der Richter zu urteilen hatte.

3. Also wäre wohl eine neue Bedeutung von testari und testis aufzusuchen. Dabei kann ich mich aber nur von sachlichen Gesichtspunkten leiten lassen, über etymologische Fragen steht mir kein Urteil zu. Vielleicht gelingt es auch so, eine Grund- oder Hauptbedeutung zu finden, von der sich alle übrigen ableiten lassen.

Ich nehme meinen Ausgang vom antestari. In etymologischer Beziehung bedeutet das freilich eine Häufung der Schwierigkeiten. Denn es ist keineswegs sicher, wie die Vorsilbe an zu erklären. Ritschl Rhein Museum N. F. Bd. 7 S. 574; Rein Privatrecht S. 235 Anm. 1; Zeyß Ztschr. für vgl. Sprachf. Bd. 14 S. 415 lassen an aus ante entstanden sein. Lottner Ztschr. für vgl. Sprachf. Bd. 7 S. 21 bringt dieses an in Verbindung mit dem griechischen ἀνά und dem umbrischen an, welchem man auch in anhelo begegne. Ihm folgt Schoell XII tab. p. 32. Auch das anstiplatu der iguvinischen Tafeln VI A 3 gehört vielleicht hierher. Vaniček Etym. Wörterbuch der lat. Sprache S. 69 sucht in dem an ein amb. Stolz Hist. Gramm. der lat. Sprache Bd. 1 S. 333 läßt es dahingestellt sein, ob antestari für antitestari stehe oder darin die Präposition an stecke.

Mögen indes diese Schwierigkeiten so groß sein wie sie wollen; um die eigentliche Bedeutung des antestari zu ermitteln, steht uns noch ein anderer Weg offen. Hier kommt uns die Gebärdensprache zur Hilfe. Beim antestari wird derjenige, an dem man die Handlung vornimmt, am Ohre gezupft. Zu welchem Zwecke zupft man jemand am Ohre? Um ihm etwas einzuprägen. Vgl. über diesen Rechtsbrauch im allgemeinen Sittl, Gebärden der Griechen und Römer S. 146. Im antestari steckt jedenfalls ein einfaches testari. So wird denn dieses testari wohl nichts anderes sein als ein einfaches Einprägen, ohne daß der Betreffende am Ohre gezupft wurde.

4. Hierauf hin sollen jetzt die Quellen geprüft werden. Ich schicke vorauf, daß testari wie antestari und andere Composita sowohl aktiv als passiv gebraucht werden. Siehe darüber Neue-Wagener Bd. 3³ S. 94 flg.

a) Die Bedeutung von 'einprägen' tritt uns in folgenden Stellen entgegen. Cic. ad fam. 2, 3 § 1: ut aut te ad meam sententiam adducam, aut certe testatum apud animum tuum relinquam, quid senserim. Phil. 2, 12 § 28: me potissimum testatus est, se aemulum mearum laudum exstitisse. Ebenda 7, 7 § 20: monebo, praedicam, denuntiabo, testabo semper deos hominesque, quid sentiam. Orator 68, 227: saepe enim hoc testandum est. de fin. 2, 20 § 66: stuprata per uim Lucretia a regis filio, testata ciuis, se ipsa interemit. pro Murena 37, 78: clamo atque testor. Liu. 25, 10 § 8: ibi Hannibal benigne adlocutus Tarentinos testatusque, quae praestitisset ciuibus eorum. Corn. Nep. Them. 4, 2: dispersos testabatur perituros. Quint. Inst. Or. 1 prooem. 26: illud tamen in primis testandum est, nihil praecepta atque artes ualere nisi adiuuante natura.

b) Dieses Einprägen kann zu verschiedenen Zwecken geschehen, z. B. um eine mögliche Deutung auszuschließen. Hier heißt dann testari soviel als 'verwahren'. Cic. de diu. 1, 58 § 132: Nunc illa testabor, non me sortilegos . . agnoscere.

c) Besteht dieser Zweck darin, daß ein anderer zu einer Tätigkeit veranlaßt werden soll, so läßt sich testari durch ‘anflehen’ wiedergeben.

Diese Tätigkeit ist in verschiedener Weise denkbar. Es wird jemand angefleht, um Beistand zu leisten. Verg. Aen. 3, 599: Per sidera testor. Cic. pro Sulla 23, 64: implorarem sensus uestros, uniuscuiusque indulgentiam in suos testarer. pro Cluentio 68, 194: quibus illa etiam deos immortales de suo scelere testatur.

d) Insonderheit geschah ein deos testari, um Strafe auf denjenigen herabzuflehen, der Unrecht handelte. Plautus Rudens 1337: Venus Cyrenensis, testem te testor mihi ‘Um meinetwillen flehe ich dich Venus an’: damit sie mich nämlich bestrafe, wenn ich falsch schwören sollte. Der Begriff des Einprägens wird noch verstärkt durch das vorgesetzte testem. Verg. Aen. 12, 496: Multa Iouem et laesi testatur foederis aras.

Statt deos testari begegnet man auch der Wendung deos testes facere. Liu. 1, 22 § 7: Tullus ‘nunciate’, inquit, ‘regi uestro regem Romanum deos facere testes’. Ferner gehört hierher die Fetialformel bei Liu. 1, 32 § 7: inde Iouem testem facit.

e) Oder es wird jemand angefleht, um der Wahrheit die Ehre zu geben: also zum Zeugnis aufgefordert. Eine solche Aufforderung kann gerichtet werden an Götter wie Menschen. Cic. pro Flacco 16, 38: testarer publicanos; ad Q fratrem 1, 3 § 2: testor omnes deos.

f) Der Zweck des Einprägens kann der sein, daß jemand über das betreffende Rechtsgeschäft, die betreffende Rechtshandlung oder sonstigen Vorgang, dermaleinst vor Gericht aussage. Hier haben wir das Zeugnis. Zwölftafeln VIII, 22: Qui se sierit testarier. Pomp. fr. 2 § 49 de or. iur. 1, 2: aut testabantur, qui illos consulebaut ‘die Befragenden ließen sich vor Zeugen erklären’. Darnach wäre testis derjenige, dem etwas eingeprägt wird. Es gibt noch ein anderes

Wort für Zeugen, superstes 'der dabei Stehende'. Festus Th. 436: Superstites testes praesentes significat. Das werden ursprünglich Zeugen gewesen sein, denen nichts eingeprägt wurde, die zufällig zugegen waren. Der testis, dem etwas eingeprägt wird, muß seine Zustimmung geben. So gelangen wir zum testis rogatus, der noch in späterer Zeit dem zufällig Anwesenden gegenübergestellt wird. Vgl. c. 7 § 2 C. Th. de test. 4, 4 vom J. 424 = c. 8 § 3 C. I. de cod. 6, 36.

g) Nehmen wir dann den Standpunkt des Einprägenden ein, so haben wir die Erklärung vor Zeugen. Ulp. fr. 20 § 1 de am. uel om. h. 29, 2: Et ideo solent testari liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quae gerunt.

Insonderheit wird testari von letztwilligen Verfügungen gebraucht. Auch dieses Einprägen ist eine Erklärung vor Zeugen, aber nicht bloß vor Zeugen. Als Hauptperson kommt daneben in Betracht der familiae emptor.

h) Schließlich schwächt sich die Bedeutung von testari ab zu einem bloßen 'kund tun', wie wir ja auch unser 'bezeugen' gebrauchen. Ulp. fr. 3 § 3 uti possidetis 43, 17: testarique dominum non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret. Sueton. Claudius 11: testatus quondam per edictum. Plin. N. H. 8, 16 § 56: pictura casum hunc testatus Syracusis. Tib. 4, 1, 10: ut puro testantur sidera coelo. Quint. Inst. Or. 8 proem. 20: ut Graeco uersu testatum est u. a. m.

5. Ich kehre zurück zum ita testator.

Vielleicht ist dieses ita testator gar an die Stelle von ita antestator getreten. Wenn ein Wort mit einem Vokale endet, das andere mit einem Vokale anfängt, fällt ein Vokal aus: das gäbe itantestator. Ferner schwindet n häufig vor t: also itatestator. Ein ita antestator wird sich in der Aussprache wenig unterschieden haben von ita testator. Jedenfalls ist uns in dem ita testator nicht die ursprüngliche Form überliefert, denn die hätte gelautet ita testamino.

Eine Parallele zu diesem ita testator oder vielleicht ursprünglichen ita antestamino bietet dar eine Zwölftafelsatz I, 1: ni it, antestamino: igitur em capito. Auch diese Stelle ist bisher nicht richtig verstanden. Keller, Röm. Civilprozeß[6] S. 229 gibt sie so wieder: 'Weigert er sich, so soll der Kläger Zeugen aufrufen'. Und diese Wiedergabe wird wohl allgemein für richtig angenommen. Nur Bekker, Proc. Consumption S. 103 räumt ein, 'daß unter gewissen Umständen der Kläger den Beklagten selber antestieren . . konnte'. Dabei wird freilich dem 'antestieren' hinzugefügt: 'd. h. als Zeugen aufrufen'. Wo steht aber was von Zeugen? Das Objekt zu antestamino kann doch nur dasselbe em sein, das neben capito steht. Also ist zu übersetzen: wenn er nicht geht, soll er ihn, nämlich den Zubelangenden, am Ohre zupfen, darauf ihn fassen. Und der Beklagte konnte doch nicht Zeuge in eigener Sache sein.

Ebenso wendet sich in unserer Stelle der Testator mit dem ita testator an den familiae emptor: so sollst du einprägen, bezw. am Ohre zupfen. Darauf wendet er sich zu den Zeugen, zu denen der libripens mitgerechnet wurde: itaque . . perhibitote.

6. Die Stellen, in denen antestari vorkommt, haben fast alle einen juristischen Anstrich. Nur zwei machen eine Ausnahme. Plin. N. H. 11, 45 § 251: Est in aure ima memoriae locus, quem tangentes antestamur. Cic. pro Milone 25, 68: te, Magne, tamen antestaretur. Die letztere Stelle hat den Auslegern von Cicero viel zu schaffen gemacht: vgl. z. B. Halm. Der Lage der Sache nach ist hier freilich antestari kein Zupfen am Ohre, aber doch immerhin ein nachdrückliches Einprägen.

Das juristische antestari tritt uns teils entgegen bei der in ius uocatio teils bei den Manzipationsurkunden.

Die in ius uocatio wird uns später noch näher beschäftigen müssen, von den Manzipationsurkunden im allgemeinen habe ich schon gehandelt Bd. 1 S. 206. Auf eine Erscheinung

möchte ich hier aber noch einmal hinweisen, weil sie sich dem ita testator genau anlehnen dürfte.

7. In dem B. G. U. I n. 326 = Bruns-Gr. n. 119 enthaltenen Testamente des C. Longinus Castor aus dem Jahre 189 heißt es II, 5: ἀντεμαρτύρατο Μᾶρκον Σεμπρώνιον Ἡρακλιανόν = antestatus est Marcum Sempronium Heraclianum. Worauf geht II, 4: ἐπρίατο Ἰούλιος Πετρωνιανός = emit Iulius Petronianus. Und dieser familiae emptor namens Iulius Petronianus wird als Subjekt zu betrachten sein zum ἀντεμαρτύρατο = antestatus est.

Der familiae emptor hat also einen der fünf Zeugen Namens Marcus Sempronius am Ohr gezupft. Das entspricht durchaus dem ita testator der Formel: du sollst einprägen; und noch genauer einem ita antestator. Der familiae emptor hat das getan, wozu bei Gajus mit dem testator aufgefordert wird.

8. In der neuerdings von Mitteis veröffentlichten lateinischen Emanzipationsurkunde aus dem 3. Jahrhundert n. Chr., Pap. Lips. n. 136, scheint der Antestatus Aur. Theoninus 'nicht aus der Zahl der fünf Manzipationszeugen genommen zu sein, sondern als sechster noch zu ihnen hinzuzutreten': Mitteis S. 24. Das entspricht der Beschreibung bei Gai. epit. I, 6 § 3. Daraus dürfte aber nichts für die Testamentsform zu entnehmen sein: siehe Bd. 1 S. 203 flg.

9. Unfähige Zeugen. II, 105—108.

Von der Unfähigkeit der Zeugen ist hier nur insofern die Rede, als diese Unfähigkeit in besonderer Beziehung zum Testamente steht.

1. Unfähig, Testamentszeuge zu sein, sind vor allen Dingen diejenigen, welche das Rechtsgeschäft abgeschlossen hatten; das waren nach altem Recht der Testator und der Treuhänder.

Dazu kamen nach römischer Anschauung die mit diesen durch väterliche Gewalt verbundenen Personen: II, 105.

Diese Verbindung haben wir uns zunächst in absteigender Linie vorzustellen. Söhne und Enkel konnten nicht Zeuge sein, wenn Testator und Treuhänder ein Testament errichteten.

2. Der Treuhänder verliert allmählich seine alte Bedeutung, auch Haussöhne werden dazu genommen. Dann kann aber der Vater kein Testamentszeuge sein und ebensowenig der in derselben Gewalt sich befindende Bruder: II, 106.

3. Der Sohn erlangte im Laufe der Zeit das Recht über sein kastrensisches Peculium letztwillig zu verfügen, obwohl er sich noch in väterlicher Gewalt befand. Es taucht die Frage auf: wurde der Vater bei solchem Testamente als Zeuge zugelassen?

Hat der Haussohn nach der Verabschiedung, post missionem, sein Testament errichtet, so kann weder der Vater, noch wer sich in derselben Gewalt befindet, Testamentszeuge sein: II, 106 a. E.

Damit steht in Widerspruch die Ansicht von Ulpian, der sich dabei auf Marcellus beruft. Ulp. fr. 20 § 2 qui test. fac. 28, 1: Per contrarium quaeri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. Et Marcellus libro decimo digestorum scribit: posse; et frater ergo poterit.

Man hat beide Stellen in der Weise vereinigen wollen, daß man den Ausspruch Ulpians auf ein während des Soldatenstandes errichtetes Testament bezog. Aber daß ein Soldat, der überhaupt an keine Form gebunden war, der Wirksamkeit eines von ihm errichteten Testamentes dadurch keinen Eintrag tat, daß er seinen Vater als Zeugen zuzog: hätte doch wahrlich keiner besonderen Ausführung bedurft. Vgl. schon Puchta, Pandekten § 465 Anm. s.

Beide Ansichten lassen sich verteidigen.

Für Marcell und Ulpian sprechen mehr sachliche Gründe. Soweit die väterliche Gewalt für den Haussohn, der testiert, kein Hindernis bildet, kann ihm auch die väterliche Gewalt nicht im Wege sein, wenn er seinen Vater als Zeugen zuzieht.

Die andere Auffassung ist mehr formalistischer Natur. Ein Haussohn, der zwar nicht mehr als Soldat in Betracht kommt, dem man aber noch gestattet, in gewöhnlicher Weise über das kastrensische Peculium zu testieren, muß dann auch alle Formvorschriften beobachten.

Diese letztere Auffassung werden wir als die jüngere betrachten können, wenn es richtig ist, daß sie von einem Nachgajaner angefügt wurde. Und dazu stimmt wieder sehr gut, daß sie I. I. II, 10 § 9 Aufnahme gefunden hat.

Eine sehr gründliche Erörterung haben beide sich hier gegenüberstehende Stellen bei Fittig, Das castrense peculium S. 205 flg. gefunden. Aber seinem Ausspruche, daß der Wortlaut dieser Stellen eine Vereinigung, wie die versuchte und oben angegebene, recht wohl zu gestatten scheinen: vermag ich mich nicht anzuschließen.

4. Der Wagehalter wurde im allgemeinen als Zeuge aufgefaßt: II, 107. Schon die Zwölftafeln verpflichteten ihn, Zeugnis abzulegen: VIII, 22.

5. Etwas anders verhält sich die Sache aber doch mit dem Treuhänder. Derselbe nimmt noch in späterer Zeit eine ganz eigenartige Stellung ein. Er ist es noch immer, der dem äußeren Scheine nach das Rechtsgeschäft mit dem Testator abschließt; und ebensowenig steht er mit den Zeugen auf gleicher Stufe. Dies zeigt uns deutlich das Testament des C. Longinus Castor aus dem Jahre 189: B. G. U. I n. 326 = Bruns-Gr. n. 119.

Hier werden vier Siegler II, 12 als οἱ λοιποί angereiht, die vermutlich mit ihren Siegeln die Testamentsurkunde geschlossen haben. Die andern Siegler können nur die drei II, 4—6 besonders genannten Personen gewesen sein, die vermutlich in der inneren Urkunde ihr Siegel aufdrückten: der Treuhänder, der Wagehalter und der am Ohr gezupfte Zeuge. So nahm ich an Rtsgel. Gajus S. 213, und nannte diese drei Siegler schlechthin Zeugen. Das ist nicht genau. Die alte Gliederung tritt hier noch deutlich hervor. An der Spitze erscheint der

Treuhänder als derjenige, welcher das Rechtsgeschäft mitabschloß; ihm zur Seite gesellt sich der Wagehalter: ζυγοστατοῦντος Γαίου Λουκρητίου Σατορνείλου; der Treuhänder ist sodann bemüht, einem der Zeugen, als Vertreter der fünf, den Inhalt des Testamentes einzuprägen. Also äußerlich tritt der Treuhänder noch immer als derjenige auf, der das Rechtsgeschäft mit zum Abschluß bringt, und als solcher sich auch den Zeugen gegenüberstellt; ferner ist mir recht zweifelhaft geworden, ob er überhaupt mitsiegelte: siehe unten Erkl. 18 S. 173.

6. Bei solchem Festhalten an der alten Form wird es andererseits erklärlich, daß man keinen Anstoß daran nahm, wenigstens die mit dem Erben oder Legatar durch väterliche Gewalt verbundenen Personen als Testamentszeugen zuzulassen. Man begründete dies damit, daß von Rechts wegen sogar Erbe und Legatar selber als Zeugen zulässig seien: II, 108.

Bemerkenswert ist die Ausdrucksweise iure adhibeantur. Es wird dies nur als eine bloße rechtliche Möglichkeit hingestellt. Die Praxis wird demnach wohl davon abgesehen haben, Erben und Legatar als Testamentszeugen zu benutzen.

7. Im Schlußsatze von II, 108 wird dann einer anderen Praxis das Wort geredet: den Erben und die mit ihm durch väterliche Gewalt verbundenen Personen soll man fernhalten vom Testamentszeugnis.

Justinian hat diesen Gedanken aufgegriffen: I. I. II, 10 § 10. Er bemerkt zunächst einleitend: licet hi, qui id permittebant, hoc iure minime abuti debere eos suadebant.

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß Justinian hier den Satz vor Augen hatte, den ich für nachgajanisch halte, wo es heißt: minime hoc iure uti debemus.

Justinian fährt fort: tamen nos eandem obseruationem corrigentes et, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes.

Darnach nähme Justinian die Rechtsneuerung für sich in Anspruch. Ob er aber nicht hier, wie anderswo, etwas zu viel behauptet hat? Mir ist wahrscheinlicher, daß das nach-

gajanische minime hoc iure uti debemus bereits einer späteren Praxis entsprach, die demnach Justinian nur bestätigte.

Dies scheint mir auch darzutun Ulp. fr. 20 pr. qui test. fac. poss. 28, 1: Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Dernburg, Pand. Bd. 3[4] § 70 Anm. 9 und Paul Krüger halten freilich diese Stelle für interpoliert. Dafür dürfte indes das Justiniansche corrigentes jedenfalls keinen zwingenden Grund hergeben.

10. Das Soldatentestament. II, 109—111.

Das Soldatentestament hat mich bereits beschäftigt Rechtsgel. Gaj. S. 198 flg.

Das Vorrecht der Soldaten gipfelte in dem Satze: faciant testamenta quo modo uolent, faciant quo modo poterint.

Das Soldatentestament beruht auf den mandata principis; es ist ein Gebilde des Provinzialrechts.

Wie anderswo, so wird auch hier das Provinzialrecht von Gajus nachgetragen sein. Jedenfalls ist dasselbe dem Grundstocke noch fernzuhalten.

1. Die Soldaten sind an keine Form gebunden. Insonderheit kommen hier nicht in Betracht die drei Erfordernisse des zivilen Testamentes: die Zahl der Zeugen, das uendere familiam, das nuncupare.

2. Auch inhaltlich ist den Soldaten manches erlaubt, was anderen verboten.

a) Sie können Peregrinen und Latinen zu Erben einsetzen wie mit Legaten bedenken.

Eine Anwendung dieses Rechtssatzes hinsichtlich der Peregrinen tritt uns entgegen in einer Entscheidung des Präfekten M. Rutilius Lupus vom 4. Juni 115 Pap. Cattaoui recto col. IV Zle. 15: Κληρονόμον δὲ αὐτὸν ἔγραφεν νομί(μως). Vgl. Paul M. Meyer, Arch. für Papyrusforsch. Bd. 3 S. 60. 80 flg.; Mitteis, Grundzüge S. 285.

Andern ist eine derartige letztwillige Verfügung verboten.

α) Dieses Verbot wird hinsichtlich der Peregrinen zurückgeführt auf eine ratio ciuilis. Diese ratio ciuilis bildet einen Gegensatz zu dem Recht, welches auf leges und senatus consulta beruht: II, 206; 197. 198. 218. 220. 253. 255. Vgl. über diesen Gegensatz Ehrlich, Theorie der Rtsquellen Tl. 1. S. 17 flg. Dieser Bedeutung von ciuilis entspricht schon das ius ciuile bei Pomp. fr. 2 § 5 de orig. iur. 1, 2: quod sine scripto uenit compositum a prudentibus. Vgl. Ehrlich S. 1 flg.

β. Hinsichtlich der Latinen verweist Gajus auf die lex Iunia.

Also wird es sich hier mit den Latini coloniarii bezw. prisci wohl anders verhalten haben. Dieser Satz wird hier, wie anderswo, freilich mehr vorausgesetzt als ausdrücklich aufgestellt. Vgl. I, 23; II, 275; Ulp. 22, 3 und dazu Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 3 S. 632 Anm. 2.

Es fragt sich, worauf diese Ausnahme betreffend die Latini coloniarii bezw. prisci beruhen möge.

Mitteis R. Pr.rt. Bd. 1 S. 119 denkt an 'spezielle gesetzliche Zulassung'.

Von einem derartigen Gesetze ist uns jedenfalls nichts überliefert. Und dessen Vorhandensein kommt mir auch nicht sehr wahrscheinlich vor.

Denn wenn das Verbot hinsichtlich der Peregrinen auf eine ratio ciuilis zurückgeführt wird, so ließ sich auf demselben Wege doch gleichzeitig feststellen, daß unter den Peregrinen die Latinen nicht mitbegriffen seien.

Damit vertrüge sich auch die Ansicht von M. Voigt, der Ius nat. Bd. 4 S. 113 flg. die Erwerbsfähigkeit der Latinen aus römischen Testamenten auf das commercium zu stützen sucht. Wir müssen nämlich immer bedenken, daß sich das Manzipationstestament erst aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte entwickelt hat. Dem entspricht. daß noch bei Festus Th. 164 Wort Nexum die testamenti factio mitumfaßt, während allerdings schon bei Cic. pro Caec. 35, 102 von

nexa atque hereditates die Rede ist. Vgl. Mommsen, R. Staatsrt. Bd. 3 S. 624 Anm. 1.

b) Was den Soldaten hinsichtlich der Peregrinen und latini Iuniani erlaubt war, ist ihnen auch hinsichtlich der Ehelosen gestattet worden. Sie sind in dieser Beziehung nicht den Bestimmungen der lex Iulia unterworfen.

Darunter haben wir zu verstehen die lex Iulia de maritandis ordinibus vom Jahre 736/18: vgl. Rtsgel. Gaj. S. 68.

c) Das genannte Gesetz erfuhr eine Erweiterung durch eine lex Papia, mit vollem Namen Papia Poppaea vom Jahre 9 n. Chr. Hier war angeordnet, daß Kinderlose der halben Erbschaft bezw. der halben Legate verlustig gingen.

Unsere HS. bietet in dieser Hinsicht freilich eine Lücke dar. Indessen daß unter der lex die lex Papia zu verstehen, kann angesichts von II, 286 a nicht füglich zweifelhaft sein.

Allem Anscheine nach ist der mit item orbi beginnende Satz erst von einem Nachgajaner hinzugefügt, und die Grundlage dieser Hinzufügung wird eben der angeführte § 286 a sein.

3. Ohne alle Beschränkung ist indes diese Testierfreiheit der Soldaten nicht geblieben. Vgl. c 5 de test. mil. 6, 21 vom Jahre 224: nisi lex specialiter eos prohibuerit.

a) In dieser Beziehung ist anzuknüpfen an ein Eingreifen von Domitian, worüber Suet. Dom. 8 berichtet: Probrosis feminis lecticae usum ademit, iusque capiendi legata hereditatesque.

Unter den probrosae feminae werden wir vor allen Dingen solche Frauenzimmer zu verstehen haben, die das Gewerbe der Kuppelei benutzten, um den Nachteilen der Ehelosigkeit zu entgehen. Kuppelei ist Gewinnziehung aus der Unzucht dritter Personen. Vgl. Suet. Tib. 35: Feminae famosae, ut ad euitandas legum poenas iure ac dignitate matronali exsoluerentur, lenocinium profiteri coeperant. Darnach scheint bloße Eintragung in die Steuerlisten genügt zu haben. Vgl. wegen der Steuern Mommsen, R. Strafrt. S. 699 A. 7.

Die lex Iulia untersagte nämlich allen Freigeborenen die Ehe mit einer Kupplerin: Ulp. 13, 2. Und dementsprechend wird der freiwillige Cölibat einer Kupplerin nicht mit Nachteilen bedroht gewesen sein. Savigny, System Bd. 2 S. 557 erscheint eine derartige Berechnung 'fast übertrieben raffiniert'. Von Einfluß wird vermutlich der reiche Ertrag gewesen sein, den die in Frage stehenden Steuern einbrachten.

Hier griff nun aber Domitian ein und entzog auch solchen Frauenzimmern die Befugnis, aus Testamenten Erbschaften und Legate zu erwerben.

Nach dieser Richtung hin beschränkte Hadrian die Testamentsfreiheit der Soldaten ebenfalls, wie sich aus einem Reskripte ergibt, das uns Tryphonin fr. 41 § 1 de test. mil. 29, 1 mitteilt: Mulier, in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut diuus Hadrianus rescripsit. Und zwar sollte das so Hinterlassene dem Fiskus zufallen. Pap. fr. 14 de his quae ut indignis 34, 9: Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit . . non admitti ad testamentum iure militiae factum et id quod relictum est ad fiscum pertinere proxime tibi respondi. Demnach wäre man bei der Kuppelei nicht stehen geblieben, sondern hätte eignen, unerlaubten Umgang mitumfaßt. Nach dem Reskripte Hadrians genügte schon ein verdächtiger Lebenswandel, während Papinian vollzogenes stuprum voraussetzt. An und für sich konnte eine Haushälterin, focaria, von einem Soldaten zur Erbin eingesetzt werden. Tatsächlich mag das auch bei unerlaubten Verhältnissen vorgekommen sein. So oder so ist zu verstehen C. I. L. XI n. 39: M. Aureli Vitalis militis.. Valeria Faustina focaria et heres eius benemerenti posuit. Vgl. im übrigen wegen dieses Indignitätsfalles Glück, Pand. Bd. 39 S. 267 flg.; Keller, Institutionem S. 407; Paul Meyer, Röm. Konkub. S. 99.

b) Wegen weiterer Beschränkungen verweise ich auf Stellen wie Ulp. fr. 15 pr. Paul fr. 16 de test. mil. 29, 1; c 11 de test. mil. 6, 21 vom Jahre 246.

4. Andererseits macht sich das Bestreben geltend, die Testierfreiheit der Soldaten zu verallgemeinern.

Von diesem Standpunkte aus möchte ich verstehen eine Nachricht bei Pausanias 8, 43 § 5. Jedenfalls verdient diese Stelle mehr Beachtung, als ihr bisher zuteil geworden. Sie lautet: ὅσοις τῶν ὑπηκόων πολίταις ὑπῆρχεν εἶναι Ῥωμαίων, οἱ δὲ παῖδες ἐτέλουν σφίσιν ἐς τὸ Ἑλληνικόν, τούτοις ἐλείπετο ἢ καταν εῖμαι τὰ χρήματα ἐς οὐ προσήκοντας ἢ ἐπαυξῆσαι τὸν βασιλέως πλοῦτον κατὰ νόμον δή τινα. Ἀντωνῖνος δὲ ἐφῆκε καὶ τούτοις διδόναι σφᾶς παισὶ τὸν κλῆρον.

Den Text habe ich wiedergegeben nach Hitzig. Bei Siebelis steht εἰκότα νεῖμαι statt ἢ κατανεῖμαι.

Es handelt sich um einen Fall, wo Griechen für ihre Person das römische Bürgerrecht erwarben, während die Kinder fortfuhren als Griechen zu steuern, mithin Peregrinen blieben. Ein solcher Vater konnte als römischer Bürger testieren, aber nur Nichtverwandte, nämlich römische Bürger bedenken; nicht seine Verwandte, insonderheit nicht seine Kinder, denn diese waren ja Peregrinen. Hatte der Vater von dieser seiner Befugnis keinen Gebrauch gemacht, so verfiel nach früherem Rechte vor Antoninus Pius sein Nachlaß dem Fiskus: also die eigenen leiblichen Kinder hatten ihrem eignen rechtmäßigen Vater gegenüber kein Intestaterbrecht.

Paul Meyer, Röm. Konk. S. 32 gibt den Sinn der Stelle dahin wieder: daß das Kind nur einen Teil der Erbschaft, das übrige der Fiskus erhalte. Dabei liegt augenscheinlich die Lesart εἰκότα νεῖμαι zugrunde. Aber selbst unter dieser Voraussetzung ist obige Erklärung kaum möglich: denn das τούτοις entspricht doch dem ὅσοις, und die Testierbefugnis soll nur Nichtverwandten zugute kommen. So übersetzt denn auch Siebelis: iustam bonorum partem alienis relinquerent.

In bezug auf den überlieferten Text bemerkt Hitzig: ἢ κότα νεῖμαι La, νεῖμαι Pa, εἰκότα correct. addidit in marg. Nun ist aber die Umwandlung des ἢ κότα in ἢ κατα schon

aus äußern Gründen der Umwandlung in εἰκότα vorzuziehen. Zudem würde das unbestimmte εἰκότα noch immer sachliche Schwierigkeiten bereiten.

Der frühere Rechtszustand wird auf ein Gesetz zurückgeführt: κατὰ νόμον δή τινα. Ich lasse das Gesetz zunächst beiseite und will die Sachlage von einem allgemeineren Gesichtspunkte aus betrachten.

Peregrinen konnten aus den Testamenten römischer Bürger nichts erwerben: ratione ciuili.

Wie sah es in dieser Beziehung mit dem Intestaterbrecht aus? Als Agnaten kommen die Peregrinen selbstredend nicht in Betracht. Aber vielleicht als Kognaten?

So spitzt sich denn alles zusammen zur Frage: wurde in den Nachlaß eines römischen Bürgers auch Peregrinen die bonorum possessio unde cognati erteilt?

Mir ist nicht bekannt, daß diese Frage bisher schon erörtert worden, namentlich habe ich bei Leist nichts darüber gefunden.

Von dem umgekehrten Falle behauptet M. Voigt Ius naturale Bd. 4 S. 311: 'daß Cicero von Erbschaften der Römer in den Provinzen redet, wo entschieden nicht bloß an ciues Romani als die Erblasser zu denken ist'. Es werden dafür zwei Stellen angeführt, die aber beide nicht beweisend sind: de legibus 3, 8 § 18 und ad fam. 13, 30 § 1.

Was insonderheit die letztere Stelle anbetrifft, auf welche M. Voigt den Hauptnachdruck legt, so hat es damit folgende Bewandtnis.

Sosis, gebürtig aus Catina in Sizilien, hat in Neapel das römische Bürgerrecht erlangt. Später stirbt ein Bruder dieses Mannes zu Catina. Cicero glaubt nicht, daß Sosis wegen dieser Erbschaft in einen Prozeß verwickelt werde, zumal er sich bereits im Besitze der Erbschaft befinde. Diese Furcht vor einem Prozesse hätte sich ja gerade darauf stützen können, daß von Rechts wegen ein römischer Bürger einen Peregrinen nicht beerben konnte.

Indessen wäre denkbar, daß die Römer nach dieser Richtung hin schon früher ihren Vorteil wahrgenommen, bevor sie ihren Erbschaften gegenüber den Peregrinen ein Gleiches gestatteten.

Von selber verstand es sich keineswegs, daß den Peregrinen Nachlässen römischer Bürger gegenüber ein Erbrecht unde cognati zustand. Die ratio ciuilis, welche die Peregrinen von den Testamenten fernhielt, hätte sich doch auch leicht benutzen lassen zu einem Ausschluß vom Intestaterbrecht. Das ius gentium machte auch sonst Halt vor dem Erbrecht: vgl. Bd. 1 S. 98. Und der praetor urbanus wird keine große Eile gehabt haben, sich in dieser Beziehung der Peregrinen anzunehmen.

Dieser Vorstellung uns anzuschließen, werden wir um so leichter geneigt sein, als noch zu Labeos Zeiten Vestalische Jungfrauen weder Intestaterben sein, noch selber haben konnten. Gell. n. a. 1, 12 § 18: in commentariis Labeonis, quae ad duodecim tabulas composuit, ita scriptum est: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato neque intestatae quisquam, sed bona eius in publicum redigi aiunt.

Möglich, daß dies später anders wurde. So könnten die omnes cognati des Provinzialediktes bei Gajus fr. 2 unde cogn. 38, 8, die mich bereits in einem anderen Zusammenhange beschäftigt — Rtsgel. Gaj. S. 203 flg. — eingegriffen und das licet iure ciuili deficiant auch nach dieser Richtung hin seine Bedeutung gehabt haben.

Aber auszugehen ist meines Erachtens von dem Standpunkte: wie noch später die Peregrinen ausgeschlossen waren von den Testamenten römischer Bürger, hat ihnen auch einmal den Nachlässen römischer Bürger gegenüber das Intestaterbrecht gefehlt.

Jetzt kehre ich zu Pausanias zurück.

Ein Grieche hat für sich persönlich das römische Bürgerrecht erworben, seine Kinder sind Peregrinen geblieben. Ein solcher Vater kann sein Vermögen letztwillig römischen Bürgern zuwenden, aber nicht seinen eigenen Kindern. Ebensowenig

steht den Kindern am Vermögen ihres Vaters ein Intestaterbrecht zu. Erben sind also nicht vorhanden. Was wird aus einem solchen Vermögen? Nach Ulp. 28, 7 greift ein die lex caducaria: si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit . . populo bona deferuntur. Nach Pausanias ist an die Stelle des populus der Fiskus getreten. Das wird auf besonderer gesetzlicher Bestimmung beruhen: κατὰ νόμον δή τινα.

Wir befinden uns in Arkadien, einem Bestandteile der Senatsprovinz Achaja, die aber vom Jahre 15 bis 44 n. Chr. kaiserlich war: Marquardt, Röm. Staatsverw. Bd. 1² S. 331. Es ist bemerkenswert, daß hier schon vor Antoninus Pius die bona uacantia nicht mehr dem Aerar sondern dem Fiskus zufielen. Vielleicht ist die Neuerung schon im Jahre 15 eingetreten, als diese Provinz kaiserlich wurde, und später beibehalten. Vgl. über die Frage im allgemeinen Mitteis R. Prirt Bd. 1 S. 353 Anm. 10.

Die Neuerung des Antoninus Pius bestand darin, daß er den Vätern gestattete, Kindern ihren Nachlaß zuzuwenden. Taten sie es nicht, so entstanden noch immer bona uacantia. Ein Intestaterbrecht ist den Kindern nicht beigelegt.

Auf diese Neuerung des Antoninus Pius bezieht sich auch eine Bemerkung bei Capitolinus 8, 5: Hereditates eorum qui filios habebant repudiauit.

Dieses Recht der persönlich mit dem römischen Bürgerrecht beschenkten Väter, peregrinen Kindern ihre Verlassenschaft zuzuwenden, wird nicht auf die Soldaten beschränkt gewesen sein. Dafür fehlt es an allem Anhalt. Andererseits ist darauf hinzuweisen, wie es in der Kaiserzeit immer mehr Sitte wurde, daß vornehme und reiche Griechen das römische Bürgerrecht lediglich für ihre Person erwarben. Vgl. Hertzberg Griechenl. unter d. Röm. Bd. 2 S. 51. 361 flg.

Es wird diese Befugnis aber auch wohl andern außer den Griechen zugestanden haben.

11. Testierunfähigkeit. II, 112—113.

Die mit II, 112—113 verwandten Stellen — Ulp. 20, 10—15; epit. II, 2 §§ 1—3; I. I. II 12 — weisen darauf hin, daß Gajus auf dem zwischen S. 80 und 81 der HS. verlorenen Blatte von der Testierunfähigkeit handelte; und zwar könnte von ihm bei Aufzählung der Testierunfähigen folgende Reihenfolge beobachtet sein: Gewaltunterworfene, impuberes, furiosi.

Mit den furiosi beschäftigte sich vielleicht schon HS. S. 81 Zle. 1. 2.

Darauf mögen § 112a gefolgt sein die Latini Iuniani und dediticii, wie Worte und Buchstaben Zle. 8. 9 zu verraten scheinen.

Was in den Zeilen 9. 10 von § 112b erhalten, wird anzulehnen sein an die Bestimmung der lex Aelia Sentia: wonach Sklaven unter dreißig Jahren, welche mittels Stabes freigelassen wurden, nicht anders das römische Bürgerrecht erhielten, als wenn ein rechtfertigender Grund vorhanden war, den die Behörde gebilligt hatte. Siehe darüber I, 18 und dazu Bd. 1 S. 126.

Schließlich kommen die Frauen an die Reihe. Gajus weist hier hin auf einen unter Hadrian erlassenen Senatsbeschluß, dessen er schon I, 115a gedachte: wonach es den Frauen gestattet wurde, auch sine coemptione zu testieren.

Die Vorlage konnte hierauf noch keine Rücksicht nehmen, und wird die freigeborenen Frauen an sich für testierunfähig erklärt haben. Dieser Satz wird dann hier so gut, wie I, 115a, von Gajus als ein veralteter aufgeführt sein.

12. Eine systematische Bemerkung. II, 114.

Es tritt uns hier folgende Empfehlung entgegen.

Einem Testamente gegenüber sei zunächst darauf Acht zu geben: ob derjenige, der es errichtete, testierfähig war; sodann: ob er testiert habe nach der Regel des ius civile.

Demnach wäre bei Darstellung des testamentarischen Erbrechtes zunächst zu handeln von der Testierfähigkeit und erst dann von den Erfordernissen eines Testamentes.

Diese Betrachtung könnte einigermaßen auffallen in einem Lehrbuche, das mit dem testamentarischen Erbrechte gerade in umgekehrter Weise beginnt. Die §§ 101—108 beschäftigen sich mit der Testamentsform, und erst hierauf, nach Einschiebung des Soldatentestamentes in den §§ 109—111, folgt die Testierfähigkeit, die freilich nur teilweise in den §§ 112—113 erhalten ist.

Dieser Umstand legt aufs neue Beweis dafür ab, daß wir es nicht mit einem einheitlich gearbeiteten Lehrbuche zu tun haben. Und ein solcher Gegensatz läßt sich kaum anders erklären, als durch die Annahme, daß an diesem Lehrbuche von Verschiedenen gearbeitet worden ist.

Die zu Anfang des Lehrbuches beobachtete Reihenfolge wird die ältere sein, mit der sich dann ein Bearbeiter desselben nicht einverstanden erklärte; ohne daß er es der Mühe für wert hielt, das Lehrbuch seiner Idee gemäß umzugestalten. Wer mag nun dieser Bearbeiter gewesen sein?

Einen Hinweis auf Gajus könnte man schon dem quaeramus entnehmen, da Gajus gerne Fragen aufwirft.

Dann kommt noch ein Anderes in Betracht. Wie ich schon Erklärung 1 ausführte, ist das, was der § 114 empfiehlt, die Reihenfolge des Sabinussystems. Sie wird also dem Sabinianer Gajus geläufig gewesen sein.

Man möchte weiter fragen: warum machte Gajus eine solche Mitteilung, da er doch an der alten Anordnung des Lehrbuches festhielt?

In dieser Beziehung ist auf eine weitere Erscheinung aufmerksam zu machen. Allerdings setzt das testamenrische Erbrecht des Lehrbuches mit der Form der Testamente ein. Als Erfordernisse des Manzipationstestamentes treten uns im § 104 insonderheit entgegen: die testes, das familiam pecuniamque emere des familiae emptor, das nuncupare des testator.

Aber damit sind die Erfordernisse des zivilen Manzipationstestamentes keineswegs erschöpft. Es fehlt noch ein sehr wichtiges: die Erbeseinsetzung. Dazu wird dann im § 115 übergegangen. Und diesem § 115 gingen allerdings die §§ 112 bis 113 vorauf. So scheint das Sabinussystem doch wenigstens halbwegs zur Anwendung zu kommen.

13. Nachträgliche Behandlung der Erbeseinsetzung II, 115—117.

Wir stehen vor einer neuen Frage: wie erklärt sich die nachträgliche Behandlung der Erbeseinsetzung? Die Erfordernisse des zivilen Manzipationstestamentes werden auseinandergerissen. Als ein Keil schieben sich die Testierunfähigen dazwischen. Und beim Uebergange zur Erbeseinsetzung wird im § 115 ausdrücklich bemerkt, daß die bisher aufgeführten Erfordernisse nicht ausreichten.

Vom Standpunkte eines einheitlich gearbeiteten Lehrbuches aus ist auch dieses Auseinanderreißen der zivilen Erfordernisse kaum zu verstehen.

Die Erbeseinsetzung ist nicht von jeher ein Erfordernis des Manzipationstestamentes gewesen; sie tritt uns erst beim neuen Manzipationstestamente entgegen: siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 192. Damit dürfte der Schlüssel zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage gegeben sein.

Die §§ 101—108 haben lediglich das alte Manzipationstestament vor Augen, die jüngere Rechtsbildung ist später nachgetragen.

Gajus wird diesen Nachtrag bereits vorgefunden haben, da die Erbeseinsetzung jedenfalls schon aus den Zeiten der Republik stammt. Dagegen dürfte dem Grundstocke das neue Manzipationstestament noch fernzuhalten sein.

14. Die Form der Erbeseinsetzung. II, 116. 117.

Unsern Ausgang haben wir zu nehmen vom Titius heres esto.

Das esto ist als dritte Person zu verstehen. Bei Cic. de inu. 2, 42 § 122 ist zu lesen tum mihi ille heres esto nicht tu mihi.

Der Imperativ auf to(d), wie er sich häufig findet in den Gesetzen, kommt auch zur Anwendung in den Testamenten und ist hierzu um so geeigneter, weil er nicht unmittelbare Ausführung der Handlung verlangt. Vgl. Landgraf Hist. Gramm. Bd. 3 S. 235.

Daneben ist schon nach Gajus gestattet die Befehlsform Titium heredem esse iubeo. Ulp. 21 schaltet noch ein Titius heres sit.

Der Konjunktiv des Präsens findet sich zuweilen auch schon in den Gesetzen. Bruns-Gr. F.[7] n. 16 lex Rubr. tab. I. Zle. 32: in ea uerba iudicium det; Br.-Gr. F.[7] n. 28 lex. Urs. c. 132 Zle. 25: neue quis . . det largiatur. Die lex Salpensana und Malacitana bringen ihn häufiger in den Titelüberschriften: siehe Bd. 1 S. 131.

Die nichtbefehlende Willenserklärung Titium heredem esse uolo genügte nach Gajus nicht.

Denselben Standpunkt nimmt ein Papinian fr. 13 § 1 de iure cod. 29, 7. Vgl. zu dieser Stelle Fein Forts. von Glück Bd. 44 S. 93 flg.

Nicht gebilligt wurden von den meisten nach Gajus und Ulpian die Formen Titium heredem instituo bzw. facio.

Eine freiere Auffassung macht sich geltend seit dem Eingreifen des Kaisers Antoninus Pius: siehe darüber Ulp. ad Sab. fr. 1 §§ 5—7 de her. inst. 28, 5.

Antoninus Pius erklärte für hinreichend illa uxor mea esto ohne heres. Desgleichen ille ex parte tota, ille ex tota ohne heres esto; ebenso Julian. Ulpian genügte Lucius heres ohne esto wie Lucius esto ohne heres, ja selbst das bloße Lucius. Julian beanstandete illum heredem esse, Ulpian ergänzte das fehlende iubeo.

Die Statthaftigkeit der griechischen Sprache bezeugt Theodosius II nou. tit. 16 § 8 vom Jahre 439: quoniam Graece

iam testari concessum est. Abweichend gefaßt ist c. 21 § 6 C. I. qui test. 6, 23. Bei Theoph. I, 14 qui test. § 1 finden wir nebeneinander illum heredem esse iubeo und τόνδε κληρονόμον εἶναι κελεύω.

Erst durch c. 15 de test. 6, 23 vom Jahre 339 wurde das Erfordernis des Imperativs ausdrücklich beseitigt: institutioni heredis uerborum non esse necessariam obseruantiam, utrum imperatiuis et directis uerbis fiat an inflexa. § 1. Nec enim interest, si dicatur 'heredem facio' uel 'instituo' uel 'uolo' uel 'mando' uel 'cupio' uel 'esto' uel 'erit', sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio ualeat.

Es ist bemerkenswert, daß sich diese Imperativform Jahrhunderte lang erhalten hat. Mit dem späteren heres verbindet man vor allen Dingen die Verpflichtung des Schuldenzahlens. Es ist keineswegs von Haus aus selbstverständlich, daß derjenige, welcher den Nachlaß, sofern er aus körperlichen Sachen besteht, an sich nimmt, auch die Schulden zu zahlen habe. Damit eine derartige Verpflichtung entstehe, ging man zurück auf einen ausdrücklichen Befehl des Verstorbenen.

15. Das Frauentestament. II, 118—122.

Die Behandlung des Frauentestamentes in unserm Lehrbuche macht den Eindruck einer gewissen Zerfahrenheit.

Zunächst wird I, 115a auf einen unter Hadrian erlassenen Senatsbeschluß hingewiesen, daß freigeborene Frauen auch ohne Vornahme einer coemptio testierfähig seien; und diesen Satz wiederholt II, 112.

Daneben kommt in Betracht die Mitwirkung des Vormundes, womit sich beschäftigt II, 118.

Diese Mitwirkung des Vormundes scheint von zwei Gesichtspunkten aus betrachtet zu sein: einmal als eine bloße Förmlichkeit des Zivilrechtes, über deren Fehlen sich der Prätor hinwegsetzen konnte; sodann als Bestandteil der Testierfähigkeit, dessen Fehlen der Prätor ebenfalls berücksichtigen mußte.

Sehen wir uns hierauf zunächst unsern § 118 an, so scheint er den ersteren Maßstab anzulegen. Es ist ja nur die Rede von einem inutiliter iure ciuili testabitur. Ferner ist dieser Paragraph angelehnt einer Darstellung, die sich mit den Erfordernissen des Zivilrechtes beschäftigt.

Einen andern Eindruck machen die beiden Bemerkungen im § 112 c, die ich Nachgajanern zugeschrieben habe. Es ist hier die Rede von der Testierfähigkeit der Frauen. Und wenn einerseits verlangt wird die Mitwirkung des Vormundes; andererseits Frauen, die nicht befreit sind von der Vormundschaft, ohne einen Vormund nicht zur Testamentserrichtung zugelassen werden: so ist damit die Mitwirkung des Vormundes als ein notwendiger Bestandteil der Testierfähigkeit anerkannt.

Es scheint demnach über die Natur der vormundschaftlichen Mitwirkung eine Streitfrage bestanden zu haben.

Zur Unterstützung des hier Angeführten möchte ich hinweisen auf einen Brief des Cicero an Trebatius aus dem Jahre 710/44, ad fam. 7, 21, wo uns eine ähnliche, wenn nicht gar dieselbe Streitfrage entgegentritt.

Eine gewisse Turpilia hat ein Testament gemacht und P. Silius zum Erben eingesetzt. Diesem Silius erteilte der Prätor Q. Cäpio die bonorum possessio. Es steht aber ein Prozeß in Aussicht, vielleicht mit den Agnaten der Turpilia. Dazu wäre erforderlich der Abschluß einer Sponsio, die anfing mit den Worten: Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit. Kann Silius gefahrlos eine derartige Sponsio eingehen? Das ist die Frage.

Dafür hat sich Trebatius ausgesprochen. Anderer Ansicht waren Servius und Ofilius: das seien gar keine Testamentstafeln, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit.

Diese Testierunfähigkeit der Turpilia könnte sich stützen darauf: daß sie ohne Coemptio oder ohne Mitwirkung des Vormundes testiert hätte. Servius und Ofilius nahmen demnach an, daß aus einem dieser Gründe auch keine bonorum

possessio hätte erteilt werden dürfen. Trebatius wird hingegen der Ansicht gewesen sein, daß es sich bloß um eine Förmlichkeit handle, die zwar der Gültigkeit eines Zivil-testamentes im Wege stehe, aber einer Erteilung der bonorum possessio nicht hinderlich sei. Was Cicero anbetrifft, so legt er zwar in dem Briefe die Sache des Silius dem Trebatius dringend ans Herz, er selber bekennt sich aber in der dem Trebatius gewidmeten Topica 4, 18 für die entgegenstehende Auffassung.

Näher möchte ich auf diesen Fall nicht eingehen. Ausführlich handelt von demselben Huschke in einer eigenen Dissertation De caussa Siliana, abgedruckt dann in den Studien S. 1 flg. Vgl. dazu Savigny, Verm. Schr. Bd. 1 S. 287 flg. und Rein, Privatrt. der Römer S. 848.

So könnte denn die Streitfrage schon aus den Zeiten der Republik stammen und in der Kaiserzeit zunächst fortgedauert haben.

Das letztere ist dem Umstande zu entnehmen, daß noch unter Antoninus Pius Zweifel auftauchten: ob und inwiefern die von ihm in einem Reskripte gewährte exceptio doli mali, die bestimmt war, eine secundum tabulas testamenti non iure factas erteilte bonorum possessio zu schützen, auch einem ohne Mitwirkung des Vormundes errichteten Frauentestamente zugute komme.

Die Frage wird im allgemeinen bejaht, mit Ausnahme, wenn Frauen testierten, die sich in der Vormundschaft des Vaters oder Patrons befanden.

Und für die Bejahung wird hervorgehoben, daß der gewöhnliche Vormund zur Mitwirkung gezwungen werden könne: qui etiam inuiti coguntur auctores fieri.

16. Die Form des prätorischen Testamentes in ihrem Verhältnis zur Form des zivilen Testamentes. II, 119.

Der Prätor verlangte eine Schrift mit Erbeseinsetzung, die von sieben Zeugen besiegelt war.

Als Voraussetzungen des zivilen Testamentes, um die der Prätor sich nicht kümmert, werden in unserer Stelle angeführt: quod familia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit; ferner kommt für das Zivilrecht nach II, 109 in Betracht das legitimum numerum testium adhibere, sowie nach I, 116 die institutio heredis.

1. Ein Hauptunterschied ist zunächst der, daß der Prätor scriptis heredibus seine b. p. versprach, während ein Ziviltestament mündlich errichtet werden mußte. Uud wenn auch der letzte Wille schriftlich verzeichnet werden konnte, so war damit das Erfordernis der Mündlichkeit keineswegs abgetan.

Im Laufe der Zeit entwickelte sich freilich der Satz, daß auch einem nuncupatus die b. p. zu erteilen sei: vgl. Leist, Forts. Bd 1 S. 440. 441; Bd. 4 S. 197.

Ihren Ausgang scheint diese Entwicklung von der Pupillarsubstitution genommen zu haben. Hier befürwortete schon Julian die Erteilung der b. p. auf Grund einer mündlichen Pupillarsubstitution, wenn nur das Testament des Vaters ein schriftliches war: fr. 8 § 4 de b. p. s. t. 37, 11. In gleicher Weise behandelte Pomponius fr. 9 ebenda die schriftliche Pupillarsubstitution mit erbrochenen Siegeln: licet secundae tabulae resignatae proferantur. Ebenso ging nach Ulp. fr. 20 pr. de uulg. subst. 28, 6 Marcellus zu Werke. Es kommt hier in Betracht, daß beiderlei Verfügungen insofern als ein Testament angesehen werden. Ulpian a. a. O. bemerkt: Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in iure praetorio. Näheres bei Mühlenbruch in Glücks Forts. Bd. 40 S. 388 flg.

Die Praxis machte nach dieser Richtung hin weitere Fortschritte. So gut wie eine mündliche Pupillarsubstitution konnte ein selbständiges mündlich errichtetes Testament die Grundlage für eine b. p. abgeben.

Nach einer Konstitution Kaisers Gordian vom Jahre 242, c. 2 § 1 de b. p. s. t. 6, 11, war ein feststehender Rechtssatz: daß eine b. p. auch secundum nuncupationem erteilt werde,

wenn nur die erforderlichen sieben Zeugen zugezogen worden. Und c. 1 de b. p. c. t. liberti 6, 13 desselben Kaisers vom Jahre 239 bringt uns eine b. p. contra nuncupationem. Der Prätor in seinem Edikte beschränkt sich freilich nach wie vor, wenigstens bei der b. p. s. t., auf das schriftliche Testament: c. 2 pr. de b. p. s. t. 6, 11. Also wird die b. p. secundum nuncupationem eines besonderen Dekretes bedurft haben.

Ferner werden wir bei dem mündlichen Testamente ein gültiges Ziviltestament zugrunde legen müssen. Und diesem konnte der Prätor um so leichter seine b. p. anpassen, als hier mit dem Wagehalter und Treuhänder die sieben Zeugen beisammen sind.

Anderer Meinung Girard-v. Mayr Gesch. des röm. Pr.rts. S. 884 Anm. 1, der von den Erfordernissen des Zivilrechtes absehen möchte. Indessen für diese Anlehnung spricht der Ausdruck nuncupare, nuncupatio, dem wir hier begegnen. Sodann ist c. 2 § 1 de b. p. s. t. ausdrücklich von einem iure ciuili testamentum factum die Rede. Und diese Stelle könnte in ihrer ursprünglichen Fassung noch deutlicher gewesen sein. Vielleicht ist hinter doceri potest gestrichen: familiamque testatorem uendidisse et uerba nuncupationis locutum esse.

2. Die Erbeseinsetzung war Erfordernis sowohl des zivilen wie des prätorischen Testamentes. Vgl. Leist, Forts. Bd. 4 S. 277 flg. Es fragt sich aber doch wohl, ob für beiderlei Erbeseinsetzung dieselben Grundsätze galten.

Für das zivile Testament wird II, 116 verlangt institutio heredis sollemni more facta, dagegen ist II, 119 beim prätorischen Testamente einfach von scriptis heredibus die Rede. Und Ulpian fr. 6 de b. p. s. t. 37, 11 fordert für die b. p. Erben, qui utiliter sunt instituti.

So könnte man es denn doch wohl bei der Erbeseinsetzung des prätorischen Testamentes mit der Form von Haus aus minder streng genommen haben, als bei der Erbeseinsetzung

des zivilen Testamentes, wo zunächst mit großer Hartnäckigkeit an dem heres esto festgehalten wurde: siehe Erkl. 14.

3. Im übrigen bietet uns die zivile Form ein familiam uenire und ein nuncupare. Beides kommt für das prätorische Testament nicht in Betracht.

Beim familiam uenire hat die feierlichen Worte der familiae emptor zu sprechen, das nuncupare liegt dem Testator ob.

Die nuncupatio lautet nach II, 104 Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testator, itaque uos Quirites testimonium mihi perhibitote.

Man sieht sofort, daß dies nicht die ursprüngliche Form sein kann. Denn diese mußte sich einem rein mündlichen Testamente anpassen. Die ursprüngliche Form werden wir uns etwa so vorzustellen haben, daß der Testator zunächst die einzelnen Bestimmungen traf und dann schloß mit den Worten: Haec ita, uti nuncupaui, ita do, ita lego usw.

Die nuncupatio ist eine feierliche Erklärung des Erblassers, daß er seinen letzten Willen verkündet habe. Dem Prätor genügte jede irgendwie schriftlich erfolgte Erklärung.

4. Ich wende mich jetzt zu den Zeugen.

a) Es ist behauptet worden, die Zeugen des zivilen Testamentes hätten ebenfalls siegeln müssen.

α) Da wir uns das zivile Testament ursprünglich als ein rein mündliches vorzustellen haben, könnte dieses Erfordernis unmöglich uralt sein.

Man nimmt denn auch für dieses Erfordernis eine spätere gesetzliche Grundlage an und beruft sich auf Cic. in Verr. II, 1, 45 § 117: tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet. Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 856 und M. Voigt R. R.G. Bd. 1 S. 492 denken dabei an die lex Cornelia testamentaria, Girard-v. Mayr Gesch. des r. Rts. S. 881 an eine lex Cornelia de captiuis.

Bereits Hugo, Gesch. des röm. Rts.[11] S. 589 Anm. 2

hatte auf die leges municipales hingewiesen. Dagegen sprach sich aus Leist, Bon. Poss. Bd. 1 S. 159 Anm. 1, indem er e lege in der allgemeinen Bedeutung von iure ciuili nahm. In der Forts. Bd. 1 S. 83 kehrt dann Leist teilweise zurück zur Ansicht von Hugo: für Rom bedeute e lege so viel wie iure ciuili, für die Provinzen bedeute es ihr Provinzialrecht.

Zunächst ergibt das unbestimmte e lege, daß die gesetzlichen Bestimmungen nicht überall dieselben waren. Und diese Verschiedenartigkeit wird zum Teil auf der Munizipalgesetzgebung Siziliens beruht haben. Das ist wenigstens für Sizilien der nächstliegende Gedanke. Andererseits hat dieses e lege aber auch seine Bedeutung für Rom. Und in dieser Beziehung ist mir sehr fraglich die Gleichung von Leist e lege = iure ciuili. Wir werden auch für Rom eine gesetzliche Grundlage anzunehmen haben. Nicht fern liegt es, dabei an die lex Cornelia testamentaria zu denken. Wichtiger als der Name des Gesetzes ist die Sache selber. Es wird schon zur Zeit, wo Verres in Sizilien Prätor war, 681/73—683/71, in Rom eine gesetzliche Bestimmung gegeben haben: daß Testamente mit einer bestimmten Anzahl Siegeln verschlossen sein mußten.

β) Damit sind wir aber mit unserer Untersuchung noch nicht zu Ende. Es kommt daneben in Betracht ein Ausspruch Justinians. Es heißt I. I. II, 10 § 2: iure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum iure ciuili signa testium non erant necessaria.

Auf Grund dieser Stelle wurde früher fast allgemein angenommen: daß die Siegelung der Zeugen dem prätorischen Testament entstamme und der Prätor diese Förmlichkeit zuerst eingeführt habe.

Diese Ansicht bekämpfte Trekell in seiner Tractatio de origine atque progressu testamenti factionis cap. 3 § 43. Die Siegelung sei schon beim zivilen Testamente üblich gewesen, wenn auch nicht gerade notwendig. Dieser Sitte habe

sich der Prätor angelehnt und die Erteilung seiner b. p. abhängig gemacht von einem Testamente mit sieben Siegeln.

Genauer läßt sich dieser Gedanke dahin fassen: beim Ziviltestamente werden regelmäßig nicht bloß die fünf Zeugen, sondern ebenso der Wagehalter und der Treuhänder gesiegelt haben; so gelangte der Prätor zu den sieben Siegeln. Vgl. Bd. 1 S. 203.

Die weitere Entwicklung stellt sich Trekell so vor: daß nach und nach die Siegelung auch der Ziviltestamente rechtliche Gewohnheit geworden sei.

Der Meinung von Trekell schließt sich an Savigny, Verm. Schr. Bd. 1 S. 134 flg. Während aber Trekell fortwährend die Siebenzahl vorschwebt, behauptet Savigny, daß beim Ziviltestament nur die fünf eigentlichen Zeugen hätten siegeln müssen.

In späterer Zeit tritt uns allerdings ein Testament mit fünf Siegeln entgegen. Hauptstelle ist c. 3 § 1 C. Th. de test. 4, 4 vielleicht vom Jahre 396: Nec patimur fidem conditi arbitrii ob hoc debere conuelli, si aut maiorem in principio signatorum aut minorem aut nullum numerum conditor suae praedixerit uoluntati, cum quinque huic non ignari subscripserint testamento. Auch in c. 1 ebenda, vielleicht vom Jahre 326, könnte das septem testium uel quinque interuentum non deesse oportet so zu verstehen sein, obwohl hier nicht ausdrücklich von Sieglern die Rede ist.

Eine Verschmelzung dieser beiden Testamentsformen erfolgte dann durch nou. Theod. II tit. 14 § 6 vom Jahre 439. Diese wie andere Gesetze Theodosius II bestätigte Valentinian III in der nou. 26 vom Jahre 448. Vgl. darüber Savigny, Verm. Schr. Bd. 1 S. 148 flg.

Es finden sich beide Testamentsformen aber noch in der lex Romana Burgundionum, dem edictum Theodorici, im westgotischen Reiche, auf fränkischen und lombardischen Urkunden: siehe Savigny a. a. O. S. 141 flg.; Gesch. des r. Rts. i. M. Bd. 2² S. 108 flg. 234 flg.

γ) Vorläufig haben wir es indes mit dieser Entwicklung noch nicht zu tun. Ich werde darauf zurückkommen Erkl. 18 unter 8: Erkl. 20 unter 3. Zunächst tritt vielmehr ein anderer Gegensatz in den Vordergrund, auf den schon Leist, Forts. Bd. 4 S. 192 flg., deutlich hingewiesen hat, und den ich bereits oben unter 1 berührte. Beim prätorischen Testament ist die Schrift ein wesentlicher Bestandteil der Form, dagegen das Manzipationstestament ist trotz der Urkunde vorderhand ein mündliches Testament geblieben.

Es stehen sich demnach einander gegenüber: die Beweisurkunde des mündlichen zivilen Testamentes und das schrtftliche prätorische Testament.

δ) Dieser Gegensatz wird sich naturgemäß geltend gemacht haben bei der Siegelung, mit der ich mich jetzt etwas näher beschäftigen muß.

Wir haben zu unterscheiden die Besiegelung und die Zusiegelung oder Versiegelung. Der Besiegelung entspricht das Beglaubigungssiegel, der Zusiegelung das Verschlußsiegel. Ein Hauptfall der Besiegelung war die Untersiegelung.

Noch Bruns, Unterschriften S. 89, sogar unter Berufung auf die Pompejaner Wachstafeln, behauptet: daß bei den Römern 'die Testamente nicht unter-, sondern nur zugesiegelt wurden'. Damit scheint Bruns überhaupt die Untersiegelung in Abrede zu nehmen.

Indessen daß die Römer auch die Untersiegelung kannten, hat Zangemeister gerade auf Grund der Pompejaner Wachstafeln nachgewiesen. Siehe darüber Erman Z. R.G. Bd. 33 S. 177 flg.

Und diese Untersiegelung ist den Testamenten nicht fernzuhalten. Erman a. a. O. S. 182 Anm. 2 bezieht sich auf Paul. fr. 16 § 1 de lege Corn. de fals 48, 10. Hier heißt es: qui etiam extra testamentum cetera falsa signassent. Dieses signassent soll nach Erman die Untersiegelung ganz wie die Versiegelung bezeichnen. In erster Linie müßte das dann gelten von den Testamenten.

Dieses Untersiegeln im Testament wäre indes nach Erman 'nur seitens des Testators und allenfalls auch des Schreibers denkbar'. Hingegen das Siegeln der Zeugen soll 'stets ein Versiegeln' gewesen sein.

Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 302 Anm. 46 bemerkt in dieser Beziehung: 'Untersiegelung der Zeugen ist meines Wissens noch in keinem einzigen Fall konstatiert, auch nicht in den griechischen Papyri'.

Zunächst wüßte ich keinen innern Grund anzugeben: warum die Untersiegelung gerade vor den Zeugen sollte Halt gemacht haben.

Auch wird von Mitteis sowohl wie Erman Z. R.G. Bd. 39 S. 477 auf die Möglichkeit hingewiesen: 'diese inneren Beglaubigungssiegel könnten dann der Ausgangspunkt der nachmaligen inneren subscriptio geworden sein'.

Und sollte nicht in der Tat die Testamentsurkunde des G. Longinus Castor nach dieser Richtung hin einigen Beweis liefern? Wie ich schon Rtsg. Gaj. S. 213 flg. ausführte, wird die Siegelung des Wagehalters und Antestatus, die wir nach col. II, 4—6 anzunehmen haben, auf der inneren Urkunde vor sich gegangen sein. Die Siegelung des Treuhänders ist nicht ersichtlich, also wohl nicht anzunehmen. Ferner hat nach col. II, 19. 20 der Zeuge Longinus Aquila beim Kodizill zweimal gesiegelt: einmal sein Siegel auf die innere Urkunde gesetzt und außerdem mit seinem Siegel die Urkunde verschlossen. Ich werde hierauf Erkl. 18 unter 5. 6. 10 noch einmal zurückkommen.

ε) Wir haben demnach bei den Testamentsurkunden zu unterscheiden das Beglaubigungssiegel und das Schlußsiegel.

Das Versiegeln nennen die Römer obsignare. Dagegen bezeichnet signare allgemein das Siegeln. Es kann vom Versiegeln gesagt werden: vgl. z. B. Paul. sent. 5, 25 § 6; nou. Theod. II tit. 16 § 1; umfaßt aber auch das Beglaubigungssiegel.

Von diesem Standpunkte aus kehre ich noch einmal zurück zu Cic. in Verr. II, 1, 45 § 117.

Eine Rechtsänderung hat sich insofern vollzogen, als der Prätor in Rom später eine bestimmte Anzahl von Siegeln, und zwar sieben, verlangte. Das wird ja allgemein zugegeben.

Daneben ist aber noch ein anderer Punkt zu beachten. Cicero redet von tabulae testamenti obsignatae. Dagegen bei Gai II, 119. 147; Ulp. 23, 6; 28, 6; fr. 3 si tab. test. nullae 38, 6; c. 2 de b. p. s. t. 6, 11 vom Jahre 242 treten uns überall tabulae signatae entgegen. Und diese Fassung nimmt auch Lenel Ed.[2] S. 336 für das Juliansche Edikt an.

Erman Z. R.G. Bd. 33 S. 184 sucht sich mit dieser Abwechslung im Ausdruck in folgender Weise abzufinden: 'Der Ersatz der obsignatae tabulae durch signatae entsprang offenbar der Vorliebe des klassisch-archaisierenden Stils für das uerbum simplex gegenüber den Kompositen'. Hierfür wird angeführt das signauerit der lex Corn. test. bei Paul. fr. 2 de lege Corn de fals. 48, 10. Ich vermag indes nicht einzusehen, warum dieses signauerit nicht gerade so gut in einem weiteren Sinne zu nehmen wäre, wie das signassent fr. 16 § 1 ebenda, das Erman selber in einem weiteren Sinne versteht. Meines Erachtens weisen diese tabulae signatae auf eine weitere Neuerung des Prätors hin. Der Prätor verlangte einerseits eine bestimmte Zahl von Siegeln, nämlich sieben, diese brauchten aber nicht alle Verschlußsiegel zu sein.

Man wird nicht einwenden wollen, vor Eröffnung des Testamentes waren die inneren Siegeln ja nicht zu sehen: denn vor Eröffnung des Testamentes wird der Prätor kaum Veranlassung gehabt haben, eine b. p. zu erteilen.

Andererseits ist mir fraglich, ob diese Neuerung für das ganze Reich in Betracht kam. Denn in einer Konstitution von Diocletian und Maximian aus dem Jahre 294 mit dem Ortsdatum Sirmium in Pannonien in cons. 6, 18 heißt es: Si secundum edicti formam testamentum obsignatum extitit.

Und soweit die Neuerung reichte, werden schwerlich die gesetzlichen Vorschriften über die Verschlußsiegel beseitigt sein, deren Anzahl sich kaum auf sieben belaufen haben wird.

ζ) Auf diese Weise dürfte sich zugleich eine Erscheinung erklären, an der man Anstoß genommen hat.

Ein unter Nero erlassener Senatsbeschluß, den Zangemeister C. I. L. IV suppl. pag. 278 auf Grund von n. 3340 Urkunde CLII und CLV dem Jahre 61 überweist, den Sueton unter Nero 17 anführt und mit dem sich Paul. sent. 5, 25 § 6 näher beschäftigt, trifft genaue Bestimmungen über den Verschluß von Urkunden. Es sollen zum Verschluß der beiden ersten Tafeln in der Nähe der Ränder, und zwar in der Mitte, Löcher angebracht und durch dieselben dreifacher Bindfaden gezogen werden, worauf sodann die Siegel zu setzen sind.

Diese Vorschrift betrifft aber nur tabulas, quae publici uel priuati contractus scripturam continent. Ausgeschlossen sind demnach Testamente.

Diesen Nachweis hat erbracht Erman Z. R.G. Bd. 39 S. 465 flg. Was den Text bei Paulus anbetrifft, so ist mit Erman festzuhalten an der Lesart: ut exterioris scripturae fidem interior reseruaret. Abzulehnen ist dagegen die Aenderung, welche Gerhard Z. R.G. Bd. 38 S. 388 vorschlägt: ut scripturae fidem integriorem seruent.

Der Ausschluß der Testamente, den man auffallend gefunden hat, erklärt sich daraus: daß es hier längst gesetzliche Bestimmungen über den Verschluß gab, die man auch fernerhin für ausreichend hielt.

Von diesem Standpunkte aus betrachtet haben wir dann aber zur Versiegelung weder die fünf noch die sieben Zeugen nötig, sondern brauchen nur soviel Siegel als zum Schutze der inneren Schrift erforderlich sind.

η) Jetzt noch ein paar Worte über die Testamentsurkunde beim Manzipationstestament.

Soll dieselbe nur als Beweisurkunde gelten, so wären

auch nur fünf Zeugen erforderlich, die in der Lage sind, den letzten Willen zu bekunden.

Diese Bekundung wird den Zeugen zwar erleichtert durch ein gehörig verschlossenes Testament. Man darf aber nicht sagen, daß der Verschluß durchaus nötig wäre.

Es kommt alles auf den Beweis an, der zwar unter Umständen Schwierigkeiten bereiten mag, aber doch auch möglich ist. Setzen wir z. B. den Fall, die Urkunde wäre den fünf Zeugen verlesen, aber offen geblieben. Können die fünf Zeugen den Inhalt der nicht verschlossenen Urkunde bestätigen, so wäre damit der Beweis des letzten Willens erbracht. Vgl. II, 151 und dazu Leist Forts. Bd. 4 S. 195.

Vergegenwärtigen wir uns jetzt wieder den Ausspruch Justinians: cum iure ciuili signa testium non erant necessaria. Was ist denn daran auszusetzen? Notwendig waren die Siegel beim Manzipationstestament allerdings nicht. Aber zweckmäßig eine Versiegelung, für welche dann die gesetzlichen Vorschriften über den Verschluß von Testamenten in Betracht kamen.

b) Insofern waren also die prätorischen Testamente an besondere Bedingungen geknüpft, als die Zeugen siegeln mußten. Dafür gab es wieder für die Zeugen des zivilen Testamentes wenigstens eine Voraussetzung, die mit dem prätorischen Testamente nicht gegeben war.

Man stelle sich vor: die familiae uenditio mit Wagehalter und Treuhänder habe stattgefunden, die Worte der nuncupatio seien vom Testator gesprochen, nachträglich sei dann das Testament von sieben Zeugen besiegelt worden. Hier ist den Vorschriften des Civilrechts nicht entsprochen, denn die fünf Zeugen fehlten bei Vornahme der familiae emptio und nuncupatio.

Die Siebenzahl der siegelnden Zeugen bietet keine Gewähr dafür, daß familiae uenditio und nuncupatio in Gegenwart der Zeugen vor sich ging.

17. Fortsetzung. Unitas actus.

Der Gegensatz, auf den wir zuletzt gestoßen sind, tritt zwar bei den Zeugen deutlich in die Erscheinung, erfaßt aber genau genommen die ganze Handlung. Wir sind hier angelangt bei dem Erfordernis der unitas actus.

Gajus hat dieses Erfordernis freilich nicht berührt, es tritt uns aber entgegen bei Ulpian uud Justinian.

Der Ausdruck unitas actus ist modern. Bei Ulp. fr. 21 § 3 qui test. 28, 1 heißt es statt dessen: Uno contextu actus testari oportet; und ähnlich drückt sich aus Justinian I. I. II, 10 § 3.

Diese Einheitlichkeit, die mit der Form des civilen Testamentes von selber gegeben — das auch Ulpian in der angeführten Stelle nur vor Augen gehabt haben wird — ist beim prätorischen Testamente wieder verloren gegangen.

Der eine Zeuge konnte ja heute, der andere morgen gesiegelt haben; der eine hier, der andere da. Die Siegelung war vielleicht gar nicht einmal in Gegenwart des Testators vorgenommen. Die Betreffenden brauchten nur zu wissen, um wessen Testament es sich handle. Paul. fr. 30 de test. 28, 1: cuius testamentum signauerit.

Auf diesen Gegensatz hat schon Justinian deutlich genug hingewiesen. Er führt I. I. II, 10 § 3 die spätere Gestalt des Testamentes auf drei Grundlagen zurück. Die eine Grundlage ist die Einheitlichkeit des Civilrechtes: ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure ciuili descendant. Die andere Grundlage ist die Siegelung, wie die Siebenzahl der Zeugen, eingeführt durch den Prätor: signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris. Die dritte Grundlage sind die subscriptiones des Testators und der Zeugen, eine Schöpfung des Kaiserrechtes: subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum obseruatione adhibeantur.

Weiter bemerkt Justinian, daß das civile Recht und das prätorische Recht durch die Praxis und die kaiserliche Gesetz-

gebung miteinander verbunden sei: paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius ciuile et praetorium iungi.

Und in dieser Beziehung sind es gerade die Unterschriften gewesen, welche das Erfordernis der Einheitlichkeit verallgemeinerten. Das wäre noch näher auszuführen.

1. Ein römisches Testament brauchte ursprünglich nicht unterschrieben zu werden, weder vom Testator noch den Zeugen. Vgl. Bruns Unterschriften S. 88 flg.

Nach einer Bestimmung von Nero sollten den Zeugen die beiden ersten inneren Wachsseiten gezeigt werden, die nur den Namen des Testators enthielten: Suet. Nero 17. Zur Zeit des Horaz folgte hier auf den Namen des Testators gleich die Erbeseinsetzung. Vgl. Hor. sat. 2,5 Zle. 53. 54, dazu Porph.: bene hoc et iuxta ordinem, quia prius testatoris nomen, secundum heredis.

Die Unterschrift des Testators finden wir zuerst als ein Erfordernis des schriftlichen Testamentes aufgestellt in einem Gesetze Theodos II aus dem Jahre 439, nou. 16 § 2 = c. 21 pr. C. I. de test. 6, 23. Hier heißt es: dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit quod offertur eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit.

Beachtenswert ist in reliqua parte, wo also noch Platz war: siehe Bruns S. 95. Oben und unter der Urkunde, inwendig oder auswendig. Das subscribere ist also nicht mehr im eigentlichen Sinne zu verstehen, sondern hat eine allgemeinere Bedeutnng erhalten.

Vermutlich ist das Erfordernis dieser Unterschrift von diesem Gesetze erst eingeführt worden, jedenfalls ist die Unterschrift des Testators im 4. Jahrhundert ein solches Erfordernis noch nicht gewesen. Vgl. schon Savigny Gesch. des röm. Rts. i. M. Bd. 2 ² S. 193; genauer Bruns S. 93.

Die Zeugenunterschrift war bereits vor der Unterschrift des Testators ein notwendiges Erfordernis, wie wir ersehen aus

c. 3 C. Th. de test. 4, 4 von Arkadius und Honorius, vielleicht aus dem Jahre 396. Und zwar wird hier im § 2 hingewiesen auf Gesetze von Constantin und Theodos I, die solche Zeugenunterschrift verlangten: his, qui extremas ordinant uoluntates, haec esse seruanda, ut et praesentes uideant subscriptores et ii cur uenerint non ignorent. Die Zeugen sollen in Gegenwart des Testators unterschreiben, und davon in Kenntnis gesetzt werden, worum es sich handelt.

Ein anderes Erfordernis wird von Arkadius und Honorius im § 1 beseitigt: nämlich daß der Testator gleich im Eingange des Testamentes die Zeugen nenne, in deren Gegenwart er testieren wolle. Es soll genügen, wenn der Testator den Zeugen die Urkunde zum Versiegeln überreicht: licet non eisdem series fuerit recensita, sed is, qui extremum disponit arbitrium, obsignandum porrexerit testamentum.

Den Hergang haben wir uns demnach so vorzustellen.

Die Zeugen haben in Gegenwart des Testators zu unterschreiben, der ihnen erklärt, daß es sich um sein Testament handle. Darauf überreicht der Testator das Testament den Zeugen zum Versiegeln, und die Zeugen haben die Versiegelung vorzunehmen.

Seitdem nun diese Unterschrift der Zeugen eingeführt war, stellte sich die Sache in der Praxis so: daß die Zeugen nicht eher unterschreiben wollten, als bis ihnen der Inhalt des Testamentes anvertraut war. Auch hatten sie wohl den Inhalt des Testamentes vor Augen. Dadurch wurden manche vom Testieren abgehalten. Es heißt nou. Theod § 1: Sed dum iuris antiqui cautelam paulatim mutat posteritatis inperita praesumptio et testes exigunt omni modo quae testamento continentur agnoscere, eo res processit, ut, dum sua quisque nonnumquam iudicia publicare formidat, dum testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis facultatibus inhiantes offendat, intestatus mori quam suae mentis arcana periculose patiatur exprimere.

Aus diesem Grunde nahm Theodosius II folgende Neuerung vor.

Der Testator könne das Testament schon versiegelt oder zusammengebunden oder auch nur verschlossen bezw. eingehüllt den Zeugen zur Siegelung und Unterschrift vorlegen. Nou. Theod. 16 § 1: licere per scripturam conficientibus testamentum . . signatam uel ligatam uel tantum clausam inuolutamue proferre scripturam . . eamque rogatis testibus septem numero ciuibus Romanis puberibus omnibus simul offerre signandam et subscribendam. Das erste signatam wird auf einen Verschluß, eine Versiegelung zu beziehen sein. Das zweite signandam ist wohl allgemeiner zu verstehen, sei es nun von einer Versiegelung oder bloßen Besiegelung. Subscribere ist wiederum in einem weitern Sinne zu nehmen.

Zunächst muß der Testator jedoch das Testament in Gegenwart der Zeugen selber unterschreiben: dum tamen . . subscripserit. Hierauf erfolgt dann die Unterschrift und Siegelung der Zeugen: quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et signantibus ualere testamentum.

2. Was das Material anbetrifft, dessen man sich bei Anfertigung schriftlicher Testamente bediente, so haben wir von den Wachstäfelchen unsern Ausgang zu nehmen. Aber Ulp. fr. 1 pr. de b. p. s. t. 37, 11 läßt wenigstens für die b. p. s. t. schon anderweitiges Material gelten. Und Kaiser Constantius verordnete ganz allgemeim, daß ein Testament auf jeglichem Material geschrieben werden könne. Vgl. c. 15 § 2 de test. 6, 23 vom Jahre 339: ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere . . liberam habeant facultatem.

Neben den Wachstafeln bediente man sich namentlich des Papyrus und des Pergamentes. Beides wurde mit einer Art Tinte beschrieben. Das Pergament wurde in ähnlicher Weise, wie die Holztäfelchen, zusammengelegt; Papyrus wurde ent-

weder gefaltet oder gerollt. Näheres bei Erman Z. R.G. Bd. 39 S. 459.

3. Die Zeugenunterschrift geht also zurück auf Constantin. Sie ist älter als die Unterschrift des Testators.

Ursprünglich mußte der Testator die Zeugen gleich im Eingange des Testamentes nennen. Der Zweck dieser Vorschrift wird kein anderer gewesen sein, als der: die Einheitlichkeit der Handlung zu sichern. Das hat sich aber nicht durchführen lassen. Jedenfalls ist dieses Erfordernis von Arkadius und Honorius wieder beseitigt worden. Man überzeugte sich, daß sich die Einheitlichkeit auch ohne dies sichern lasse.

Es soll genügen, daß die Zeugen in Gegenwart der Testators unterschreiben, der ihnen erklärt, daß es sich um sein Testament handle. Darauf überreicht der Testator den Zeugen das Testament zum Versiegeln.

Die Versiegelnng kam auch zur Anwendung bei den auf Pergament oder Papyrus geschriebenen Testamenten, weil sich die Tinte der Alten leicht mit einem Schwamme wieder abwischen ließ. Amm. Marc. 15, 5 § 4: et peniculo serie litterarum abstersa, sola incolumi relicta subscriptione alter multum a uero illo dissonans superscribitur textus. Näheres bei Erman Z. RG. Bd. 39 S. 461 flg.

Die Unterschrift des Testators ist später hinzugekommen. Das bedeutet: schriftliche Bestätigung des schriftlichen Testamentes.

Die Unterschrift des Testators geht vorauf der Unterschrift und Siegelung der Zeugen. Diese Unterschrift und Siegelung der Zeugen soll geschehen nach nou. 16 Theod. et Valent. §§ 2. 4: uno eodemque die ac tempore . . uidelicet simul nec diuersis temporibus.

Damit ist für das schriftliche Testament die Einheitlichkeit der Handlung wiederhergestellt, die von Haus aus mit der nuncupatio gegeben war.

4. Die nuncupatio erfolgte in Gegenwart von fünf Zeugen und eines Wagehalters einem Treuhänder gegenüber. Das schriftliche Testament des Justinianschen Rechts wird vom Testator in Gegenwart von sieben Zeugen unterschrieben, worauf die

Zeugen ebenfalls unterschreiben und die Versiegelung vornehmen. Daneben hat sich indes vor Justinian ein schriftliches Testament mit fünf Siegeln entwickelt und in weiten Gebieten des alten römischen Reiches erhalten: siehe oben Erkl. 16 S. 156; unten Erkl. 18 S. 176.

In einem Testamente eines Aredius und seiner Mutter Pelagia aus dem Jahre 571 n. Chr. bei Spangenberg Tab. neg. S. 112 flg. lauten die Unterschriften der Testierer:

Aredius in Christo nomine peccator presbyter testamentum nostrum scripsi, relegi et subnotaui, die et anno, quo supra.

Pelagia testamentum relegi et subscripsi, die et anno, quo supra.

Der Zeuge Calpurnius schreibt: Calpurnius rogante domino meo Aredio et Pelagia testamentum hoc confirmaui die et anno, quo supra.

Die drei Zeugen Alstidius, Leo, Nectarius fassen sich etwas kürzer.

Nectarius hat zugleich sein Siegel aufgesetzt: signum Nectarii testis.

Außerdem hat ein Fünfter gesiegelt: signum Adelfi subdiaconi.

Ob und wiefern diese Beurkundung eine fehlerhafte, mag dahingestellt bleiben. Vgl. darüber Spangenberg a. a. O. und Savigny, Gesch. des röm. Rts. i. M. Bd. 2[2] S. 108. 109.

18. Das Testament des Gaius Longinus Castor gegenübergestellt der Darstellung bei Gai. II, 104. 119.

Das Testament des Gaius Longinus Castor verdient wegen der Vollständigkeit, in der es erhalten, unsere ganz besondere Beachtung.

Abgedruckt ist dasselbe B. G. U. I n. 326; Bruns-Gradenwitz fontes[7] n. 119; Mitteis, Chrestomathie n. 316; Girard, Textes[4] S. 801 flg.

Zwar die Urschrift ist uns nicht überliefert, sondern nur eine griechische Uebersetzung: I, 1 Ἑρμηνί)α διαθήκης.

Angeschlossen ist ein Kodizill, ebenfalls in griechischer Uebersetzung: II, 15 Ἑρμηνία κωδικίλλων διπτύχων.

1. Errichtet ist das Testament im arsinoitischen Dorfe Karanis: II, 6 ἐν κ(ώ)μῃ Καρανίδι νομῷ Ἀρσινοείτῃ; am 17. November oder 18. Oktober 189.

Das römische Datum II, 6. 7: πρὸ ιε̄ καλανδῶν Νοεμβριῶν = ante diem XV Kal. Nou. = 18. Oktober. Das ägyptische Datum II, 8: Ἁθὺρ κα̅ = 17. November. Nach Mommsen, Ges. Schr. Bd. 1 S. 441 wäre II, 6. 7 zu lesen: Δεκεμβριῶν; damit gelangten wir hier auch zum 17. November.

Der Kodizill ist datiert von einem 7. Februar ohne Angabe des Jahres: II, 18 πρὸ ζ εἰδῶν Φεβραριῶν.

Der Umstand, daß beide Urkunden in Uebersetzung vorliegen, läßt schon darauf schließen, daß sie eröffnet sein mußten. Das ist denn auch ausdrücklich angegeben.

Das Testament ist eröffnet und verlesen am 21. Februar 194 in Arsinoe auf dem Augustusplatze am Standort für Erhebung der Erbschafts- und Freilassungssteuer: II, 10. 11 Ἠνύγη καὶ ἀνεγνώσθη Ἀρσινοείτῃ μητροπόλει ἐν τῇ Σεβαστῇ ἀγορᾷ ἐν τῇ στατιῶνι τῆς εἰκοστῆς τῶν κληρονομιῶν καὶ ἐλευθεριῶν.

Am selben Tage ist eröffnet und verlesen der Kodizill: II, 22 Ἠνύγησαν καὶ ἀνεγνώσθησαν τῇ αὐτῇ ἡμέρᾳ ἐν ᾗ καὶ ἡ διαθήκη ἐλύθη.

Hieran reiht sich die Beglaubigung, welche von zweiter Hand geschrieben ist: II, 22. 23 Γάιος Λούκκιος Γεμινιανὸς νομικὸς Ῥωμαικὸς ἡρμήνευσα τὸ προκείμενον ἀντίγραφον καί ἐστιν σύμφωνον τῇ αὐθεντικῇ διαθήκῃ.

Gaius Lucius Geminianus, ein römischer νομικός, nennt sich als der Uebersetzer des vorliegenden ἀντίγραφον, und versichert, daß dasselbe mit der Urschrift des Testamentes übereinstimme.

Die Rückseite enthielt den Namen des Testators im Genitiv, von dem aber nur noch einzelne Buchstaben erhalten sind: . . αι . . . . Κ . . τορος.

2. Bei näherer Betrachtung dieser Urkunde nehme ich meinen Ausgang von der Beglaubigung.

Als Uebersetzer bekennt sich ein νομικός, der Römer ist.

Das vorliegende ἀντίγραφον ist nicht von einer einfachen Abschrift zu verstehen, sondern von einer Ausfertigung verbunden mit einer beglaubigten Uebersetzung. Vgl. über den Begriff ἀντίγραφον Mitteis, Grundzüge S. 100 Anm. 3.

Der νομικός versichert, daß die Uebersetzung mit der Urschrift des Testamentes übereinstimme. Das wird aber nicht bloß von dem einfachen Testamente zu verstehen sein, sondern auch von dem Kodizille.

Ferner hat bereits eine Verlesung wie Eröffnung des Testamentes und ein Eröffnungsverfahren stattgefunden. Ueber das Eröffnungsverfahren wird ein Protokoll aufgenommen sein.

Diesem Protokolle entsprechen II, 10 die Worte Ἠνύγη καὶ ἀνεγνώσθη usw. bis Zle. 14. Mit Zle. 15 gelangen wir dann an die Ἑρμηνία κωδικίλλων διπτύχων, die abschließt mit Zle. 22. Hier entsprechen dann wiederum dem Protokolle die Worte Ἠνύγησαν καὶ ἀνεγνώσθησαν τῇ αὐτῇ ἡμέρᾳ ἐν ᾗ καὶ ἡ διαθήκη ἐλύθη.

Daran schließt sich die Beglaubigung.

Es taucht die Frage auf: in welcher Sprache mag protokolliert sein?

Und diese Frage erzeugt wieder die Vorfrage: ob sich das προκείμενον ἀντίγραφον auf die mit Ἠνύγη und Ἠνύγησαν beginnenden Sätze miterstreckt?

Das haben wir doch wohl anzunehmen. Und daraus folgt weiter: daß diese Sätze auch von der Uebersetzung mit erfaßt seien.

Also insoweit wäre jedenfalls in lateinischer Sprache protokolliert. Der eine Satz hätte demnach etwa begonnen mit Apertum et recitatum est, der andere mit Aperti et recitati sunt.

Darum brauchte aber nicht das ganze Eröffnungsprotokoll in lateinischer Sprache abgefaßt zu sein.

Hervorzuheben ist ferner, daß wir ein vollständiges Eröffnungsprotokoll nicht vor uns haben, das würde ausführlicher lauten. Vgl. das Protokoll über eine Testamentseröffnung aus dem Jahre 156 n. Chr. im Pap. Oxy. 494 = Mitteis, Chrestomathie n. 305; Bruns-Gr. font.[7] n. 123 Gesta de aperiundo testamento aus dem Jahre 474; und über das Eröffnungsverfahren im allgemeinen Rtsgel. Gaj. § 54.

Das Eröffnungsprotokoll könnte, je nachdem wir nun griechische oder lateinische Fassung annehmen, etwa so gelautet haben.

Γάιος Λογγῖνος Ἀκύλας τοῦ . . ἀπὸ . . ἶς τῶν μαρτυρησάντων τῇ προκιμένῃ διαθήκῃ ἐγνώρισα τὴν ἰδίαν μου σφραγῖδα οὖσαν γλύμματος . . καὶ ἐσφράγισα τῇ αὐτῇ σφραγῖδι.

Oder Cum testamentum testibus praesentibus ostensum fuisset C. Longinus Aquila dixit: In hoc testamento interfui. Agnosco signaculum et superscribtionem meam.

Es wird in der Beglaubigung auch nur eine Uebereinstimmung mit dem Testamente behauptet: καί ἐστιν σύμφωνον τῇ αὐθεντικῇ διαθήκῃ. Und wenn wir diese Behauptung auch unbedenklich auf den Kodizill mitausdehnen können, so verhält es sich doch anders mit dem Eröffnungsprotokoll. Der νομικός wird nur so viel dem Eröffnungsprotokolle entnommen und übersetzt haben, als zu dem Zweck erforderlich war, dem die in Frage stehende Urkunde dienen sollte.

3. Was ist ein νομικός? Nach Mitteis, Grundzüge S. 57 Anm. 7 sicher eine Privatperson.

Nach Koschaker Z. R.G. Bd. 42 S. 15 flg. sind verschiedene Bedeutungen auseinanderzuhalten. Einmal bezeichnet νομικός 'den rechtskundigen Beisitzer (assessor) des judizierenden Magistrates'. Andererseits bedeutet νομικός den Tabellio. Es heißt bei Suidas Wort ταβελλίων: ὁ τὰ τῆς πόλεως γράφων συμβόλαια, ὁ παρὰ τοῖς πολλοῖς νομικός λεγόμενος, ἅπαντα ἐπιτελῶν τὰ τῶν πολιτῶν γραμματεῖα, ἕκαστον αὐτῶν οἰκείοις ἐπισφραγίζων γράμμασιν. Der νομικός in den Pa-

pyrusurkunden des zweiten Jahrhunderts n. Chr. scheint nur Urkunden von Römern aufgesetzt zu haben.

Der νομικὸς B. G. U. I n. 361 col. III Zle. 2 hat mich bereits beschäftigt Ntsgel. Gaj. S. 211 Er erscheint hier als ὁ τὴν οἰκονομίαν γράψας. Dieses οἰκονομία ist freilich ein sehr vieldeutiger Ausdruck: siehe darüber Mitteis, Grundzüge S. 73 Anm. 4.

Wenn es mit der Beglaubigung auf unserer Urkunde seine Richtigkeit hat — und ich vermöchte nichts anzugeben, was dem entgegenstände — so war der νομικός jedenfalls eine Persönlichkeit, die Zutritt hatte zu öffentlichen Akten und berechtigt war, von den Urkunden mehr oder weniger vollständige Abschriften zu nehmen, zu übersetzen und zu beglaubigen.

4. Schwierigkeiten hat bereitet das viermal vorkommende ἐπέγνοι.

Es heißt col. II Zle. 4—6: ἐπρίατο Ἰούλιος Πετρωνιανὸς σηστερτίου νούμμου ἑνός, ζυγοστα(το)ῦντος Γαίου Λουκρητίου Σατορνείλου, ἐπέγνοι. Ἀντεμαρτύρατο Μᾶρκον Σεμπρώνιον Ἡρακλια(νόν), ἐπέγνοι.

Sodann col. II Zle. 13 und Zle. 19 beide Male: Γαίος Λογγῖνος Ἀκύλας ἐπέγνοι.

Mommsen, Ges. Schr. Bd. 1 S. 440 erklärte dies ἐπέγνοι in der Weise: daß es hinter dem Namen, offenbar bei der Eröffnung, beigeschrieben sei und nichts anders heißen könne, als ἐπέγνω = agnouit.

In dem Nachtrage S. 444 stimmt er aber halbwegs Gradenwitz zu, der in dem Worte eine hybride griechisch-lateinische Bildung vermutet hatte: zusammengesetzt aus ἐπέ(γνων) und (a)gnoui.

Gradenwitz scheint indes diese Ansicht wieder aufgegeben zu haben, denn bei Bruns-Gr. fontes [7] S. 314. 315 ist dieses Wort als uox obscura bezeichnet.

Mitteis bemerkt zu dem Worte einfach: l(ies) ἐπέγνω.

In der Tat ist eine andere Auffassung kaum möglich. Ich möchte dasselbe nicht einmal eine Textänderung nennen.

Denn die griechischen Papyri weisen hin auf einen Uebergang von ω in ο, sowie οι in ο: siehe Mayser, Gram. der griech. Papyri S. 98. 108. Warum sollte also nicht auch die Schreibung οι für ω möglich sein?

Diese Auffassung stützt sich zugleich auf eine sachliche Erwägung. Irgendwo mußte doch zum Ausdruck kommen, daß Siegel anerkannt seien: denn das war die regelmäßige Voraussetzung für die Beweiskraft einer geschlossen gewesenen Privaturkunde.

5. So führt uns denn dieses ἐπέγνοι zu der Siegelung und deren Anerkennung, die mich schon früher beschäftigt hat: Rtsg. Gaj. S. 213 und oben Erkl. 16 unter 4a δ.

Dem Eröffnungsprotokolle werden entnommen sein die Namen der vier Siegler, welche uns col. II, 12 als οἱ λοιποὶ σφραγιστ(αί) entgegentreten, deren Siegel vermutlich der äußeren Seite aufgedrückt war, nämlich: C. Longinus Aquila, Iulius Volusius, M. Antistius Petronianus, Iulius Gemellus ueteranus. Dem zuerst Genannten ist hinzugefügt: ἐπέγνοι. Er wird also sein Siegel anerkannt haben. Und diese Anerkennung des einen Siegels hielt man für ausreichend.

Darnach ist das Testament eröffnet und verlesen. In der inneren Schrift treten uns drei neue Persönlichkeiten entgegen: Iulius Petronianus als Treuhänder, C. Lucretius Saturnilus (Saturninus) als Wagehalter, M. Sempronius Heraclianus als Antestatus. Ob alle drei ebenfalls gesiegelt, also der inneren Schrift ihr Siegel aufgedrückt haben? Sicher ist dies nur von zweien: dem Wagehalter und Antestatus. Denn diese haben ihr Siegel anerkannt. Dies folgt aus dem ἐπέγνοι, das deren beiden Namen hinzugefügt worden. Und diese Hinzufügung kann begreiflicherweise erst geschehen sein nach Eröffnung des Testamentes.

Die Möglichkeit, daß bei G. Longinus Castor innere Beglaubigungssiegel standen, hat schon Erman Z. R.G. Bd. 39 S. 471 berücksichtigt. Gleichzeitig berichtet Erman über eine derartige Ansicht von Mitteis, wozu dieser dann Stellung

nimmt. Daneben scheinen beide Schriftsteller vorauszusetzen, daß sieben zusiegelten. Daß aber die Innensiegler noch einmal außen siegelten, kann ich nicht zugeben. Das hätte aus der Urkunde hervorgehen müssen, wie es z. B. II, 19 beim Kodizille sich aus dem zweimaligen Vermerk des ἐπέγνοι für Γάιος Λογγῖνος Ἀκύλας ergibt. Ferner folgt aus diesem Innensiegeln noch keineswegs, daß die Innensiegler viel vom Inhalt des Testamentes erfuhren.

6. Würde auch der Treuhänder gesiegelt haben, so hätten wir allerdings sieben Siegel. Mit vier Siegeln wäre die Urkunde verschlossen, während sich drei unter der inneren Schrift befänden. Damit wären nach II, 119 gegeben die Voraussetzungen für ein prätorisches Testament. Denn Gajus verlangt nur ein septem signis testium signatum testamentum, kein obsignatum.

Dieser Umstand könnte uns vielleicht geneigt machen, auch eine Siegelung des Treuhänders zugrunde zu legen. Mir käme aber eine solche Annahme sehr bedenklich vor.

Der Umstand, daß die Siebenzahl der Siegler in unserer Urkunde nicht deutlich und ausdrücklich hervortritt, veranlaßt mich vielmehr, die prätorische Testamentsform hier überhaupt beiseite zu lassen.

Das dürfte die Bedeutung unserer Urkunde umsoweniger herabsetzen, als die Erteilung der b. p. in späterer Zeit doch nicht bloß auf Grund eines prätorischen Testamentes erfolgte. Es entwickelte sich auch eine b. p. secundum nuncupationem: siehe Erkl. 16 unter 1; so wie eine b. p. auf Grund eines schriftlichen zivilen Manzipationstestamentes: siehe Erkl. 20 unter 3.

Ferner finden wir in Aegypten die b. p. einem Beamten anvertraut, der nicht minder frei dagestanden haben wird, wie der römische Prätor. Im Gießener Papyrus Inu. n. 40 bei Eger Z. R.G. Bd. 45 S. 379 Zle. 12 ist es der Präfekt von Aegypten, welcher die b. p. erteilt.

Andererseits können wir uns mit den sechs siegelnden

Zeugen um so mehr begnügen, als sie hier ebenfalls ihre Bedeutung haben. Denn sechs Zeugen sind charakteristisch für die griechischen Urkunden: siehe Wilcken bei Erman Arch. für Pap.forsch. Bd. 1 S. 75. Und sechs siegelnden Zeugen begegnen wir auf einem anderen Testamente aus dem Jahre 155 n. Chr. B. G. U. I, 86 Zle. 40—44: συνμαρτυρῶ καὶ συνσφραγιῶ. Mitteis Grundzüge S. 237 macht in dieser Beziehung aufmerksam auf den ägyptischen Erbschaftsprozeß aus dem Jahre 124 n. Chr. Corp. Pap. Rain. I, 18 = Bruns-Gr. n. 189 = Girard Textes⁴ S. 893 = Mitteis Chrestomathie n. 84 Zle. 19. 20: τὴν διαθήκην πλήρη ἔχειν τὸν τῶν μαρτύρων ἀριθμόν.

7. Jetzt will ich das Verhältnis unserer Urkunde zu dem Zivilteſtamente ins Auge fassen, wie es uns II, 104 geschildert wird.

Nach Mitteis Röm. Priv. rt. Bd. 1 S. 295 Anm. 14; Chrest. S. 365 braucht das Testament des G. Longinus Castor kein schriftliches gewesen zu sein, sondern kann auch ein testamentum nuncupatiuum in scripturam redactum darstellen.

Dem mündlichen Testamente ist wesentlich die familiae emptio, bei welcher der Treuhänder gewisse Worte zu sprechen hat; ferner die nuncupatio, welche andererseits eine mündliche Erklärung des Testators verlangt. Sind diese beiden Voraussetzungen bei dem in Frage stehenden Testamente gegeben?

Es kommt darauf an, wie wir die beiden Sätze col. II, 3—6 zu verstehen haben. Es heißt hier: Οἰκετίαν χρήματα τ(αύ)της διαθήκης γενομένης ἐπρίατο Ἰούλιος Πετρωνιανὸς σηστερτίου νούμμου ἑνός, ζυγοστα(το)ῦντος Γαίου Λουκρητίου Σατορνείλου. Ἀντεμαρτύρατο Μᾶρκον Σεμπρώνιον Ἡρακλια(νόν).

Weggelassen habe ich das beidemalige ἐπέγνοι, das noch nicht vom Testator herstammen kann.

Das ταύτης διαθήκης γενομένης entspricht dem Gajanischen postquam tabulas testamenti scripserit.

Das οἰκετίαν χρήματα ἐπρίατο σηστερτίου νούμμου ἑνός dem Gajanischen mancipat alicui dicis gratia familiam.

Es fehlen dann auf unserer Urkunde die Worte des Treuhänders.

Es ist auch nicht gesagt, daß der Treuhänder mit dem Geldstücke die Wage berührt und dem Testator hingegeben habe. Es wird nur die Gegenwart eines Wagehalters bekundet.

Weiter fehlen wieder die Worte des Testators, die nuncupationis uerba. Statt dessen wird aber bezeugt, daß der Treuhänder einen Zeugen am Ohre gezupft habe; wovon wieder bei Gajus nichts steht.

Kann man ein solches Testament noch ein nunkupatives nennen?

Es wäre ja möglich, daß der Scheinkauf genau in der Weise stattgefunden hätte, wie Gajus ihn uns schildert. Im Testamente hätte man sich aber begnügt mit der kurzen Fassung: familiam pecuniamque emit . . sest. nummo I libripende.

Wenn dann aber jemand behauptete: tabulas testamenti non iure factas esse. Aus dem Testamente ging das Gegenteil nicht ohne weiteres hervor. Also mußte ein Beweis dahin erbracht werden, daß die Testamentserrichtung allen Erfordernissen des Zivilrechts entsprochen habe.

Das gilt nicht bloß von der familiae emptio, sondern ebenso von der nuncupatio des Testators. In letzterer Beziehung erbrachte eine Urkunde wie die vorliegende noch weniger Beweis als hinsichtlich der familiae emptio.

Solche Einwendungen werden erhoben sein; und so lange man darauf Rücksicht nahm, befinden wir uns noch immer auf dem Standpunkte des mündlichen Testamentes. Wir dürfen aber ein solches Testament nicht betrachten als ein testamentum nuncupatiuum in scripturam redactum, sondern nur als eine Testamentsurkunde, die den Hergang einer mündlichen Testamentserrichtung noch nicht vollständig erweist.

8. Das wurde mit einem Schlage anders durch das Reskript Kaisers Antoninus, worüber uns belehrt Gajus II, 120. Ist auf Grund eines solchen Testamentes eine b. p. erteilt worden, so können die in tabulae non iure factae eingesetzten Erben, wenn Intestaterben die Erbschaft vindizieren sollten, sich schützen mittels exceptio doli mali.

Man hat wohl diese Stelle so verstanden, als müßten bei Erteilung der b. p. die Voraussetzungen des prätorischen Testamentes daneben gegeben sein. Allein was hier vorliegt, ist nicht mehr und nicht weniger als ein unvollkommenes Zivil-testament: siehe Erkl. 20 unter 4.

Nun habe ich Bd. 1 S. 198 flg. darzutun versucht, daß sich neben der mündlichen Manzipation eine besondere Form für die schriftliche Manzipation entwickelt habe; Kennzeichen dieser Manzipation seien der Wagehalter und der Antestatus.

An diesen beiden Kennzeichen fehlt es auch hier nicht. Wir werden demnach dieselbe Entwicklung für das Manzipationstestament gelten lassen müssen. Es hat sich im Laufe der Zeit neben dem mündlichen ein schriftliches Manzipationstestament herausgebildet mit wesentlich vereinfachter Form. Merkmale dieser schriftlichen Urkunde sind auch hier der Wagehalter und Antestatus.

Dieses schriftliche Testament des Zivilrechts verlangt auch gar keine sieben Siegel, wie das prätorische Testament; es genügt, wenn die fünf Zeugen siegeln. Das ist in unserer Urkunde geschehen. Sie bezeugt sogar noch ein überflüssiges sechstes Siegel, das des Wagehalters.

So erhält denn das zivile Testament mit fünf Siegeln auf das schon Savigny Verm. Schr. Bd. 1 S. 141 flg. hingewiesen hat, durch unsere Urkunde eine neue Stütze.

Wann mag diese Form entstanden sein? Nach unserer Urkunde war sie im Jahre 189 schon vorhanden. Außerdem käme in Betracht Clemens Alexandrinus Στρωματεῖς 5, 8, 55 § 4. Hier schildert Clemens τὰ παρὰ Ῥωμαίοις ἐπὶ τῶν διαθηκῶν γινόμενα, wobei erwähnt werden ζυγὰ καὶ ἀσσάρια

καρπισμοί τε καὶ αἱ τῶν ὤτων ἐπιψαύσεις. Siehe darüber Bd. 1 S. 206. Die Stelle beweist zugleich, daß damals noch wirklich am Ohre gezupft, dies nicht bloß so niedergeschrieben wurde. Sie mag etwa derselben Zeit angehören, vielleicht auch noch etwas höher hinaufreichen. Clemens starb in hohem Alter zwischen 211 und 218: siehe Christ, Gesch. der griech. Litteratur S. 644.

Sehr wohl könnte diese Form älter sein als das Reskript von Antoninus Pius. Auch mag der Prätor schon früher auf Grund solcher schriftlicher Ziviltestamente eine b. p. s. t. erteilt haben, wie dies geschah secundum nuncupationem. Eine solche b. p. hätte jedenfalls insofern Bedeutung gehabt, wenn sich kein gesetzlicher Erbe meldete. Antoninus Pius ging nun weiter und gewährte solchen gesetzlichen Erben gegenüber eine exceptio doli mali.

Insofern besteht wieder eine gewisse Verwandtschaft zwischen beiderlei Testamenten, dem prätorischen und dem zivilen, als auch das zivile schriftliche Testament keinerlei Gewähr dafür darbietet, daß die unitas actus beobachtet worden. Der Antestatus hat sein Siegel unter die innere Schrift gesetzt. Wann mögen die andern vier Zeugen die Urkunde außen versiegelt haben?

9. Der Zweck, dem diese Urkunde dienen sollte, wird in erster Linie der gewesen sein, die Erben als solche zu legitimieren. Sie vertrat demnach die Stelle eines heutigen Erbscheines.

Die Form entsprach sowohl dem römischen wie dem griechischen Rechte. Dies ist erreicht worden durch Hinzuziehung eines sechsten Zeugen, der nach römischem Rechte überflüssig gewesen wäre.

10. Zum Schlusse will ich noch einen Blick werfen auf den Kodizill.

Derselbe tritt uns II, 15 entgegen als κωδικίλλοι δίπτυχοι. Dabei denkt Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 298 Anm. 23 an Wachstafeln. Er ist zweimal durch das Testament be-

stätigt. Die erste Bestätigung col. II, 2. 3 Εἴ τι ἐὰν . . βεβαιόν μοι εἶναι θέλω gehört der innern Schrift an, die II, 5. 6 ihren Abschluß findet mit Ἀντεματόρατο . . Ἡρακλι-α(νόν). Auf der äußeren Seite haben wir zunächst das Orts- und Zeitdatum. Darauf ist II, 8. 9 Εἰ δέ τι . . βέβαια εἶναι θέλω die Bestätigung des Kodizilles wiederholt.

Den Inhalt des Kodizilles bringen die Zeilen II, 15—18. In der letzten Zeile erklärt der Testator zugleich, daß er die Urkunde eigenhändig am 7. Februar geschrieben habe.

Es folgt dann II, 18—22 die Siegelung. Nach Mommsen Ges. Schr. Bd. 1 S. 439. 440 soll hier Verwirrung sein. Ich lege mir die Sache in folgender Weise zurecht.

Es heißt II, 18. 19 zunächst Ἐσφράγισαν Λογγῖνος Ἀκύλας καὶ Οὐαλέριος Πρίσκος. Diese beiden Siegel überweise ich der inneren Schrift. Sie sind nicht als unverletzt anerkannt. Das wird damit zusammenhängen, daß der Kodizill einer weiteren Form nicht bedurfte.

Dann sind als σφραγισταί fünf Personen aufgeführt, darunter der Testator selber, deren Siegel sich auf der äußeren Seite der Urkunde befanden. Zwei davon haben Siegel anerkannt: Γάιος Λογγῖνος Ἀκύλας ἐπέγνοι . . Γάιος Λουκρήτιος Σατορνεῖλος ἐπέγνοι. Dies wird sich daraus erklären, daß die Formvorschriften, von denen die Beweiskraft einer Urkunde abhing, beobachtet sein mußten.

19. Das Edikt des Prätors betr. die b. p. s. t. II, 119. 120.

Die b. p. im allgemeinen ist uns schon entgegengetreten II, 98, wo sie den Universalsukzessionen zugezählt wurde. Hier begegnen wir zum ersten Male einem einzelnen Falle derselben, der b. p. s. t.: vielleicht dem Hauptfalle, von wo aus die Entwicklung ihren Ausgang nahm.

Im Anschluß an eine ganz spezielle Frage, welche Bedeutung der Mitwirkung des Vormundes bei Frauentestamenten zukomme, wird näher eingegangen auf das Verhältnis des

prätorischen Testamentes zum zivilen Testament und Intestaterbrecht.

1. Was zunächst die spezielle Frage anbetrifft, so habe ich mich mit derselben bereits Erkl. 15 eingehend beschäftigt. Wir stoßen hier auf eine verschiedene Auffassung: ob die Mitwirkung des Vormundes als bloße Förmlichkeit des Zivilrechts zu betrachten, oder ob wir darin einen Bestandteil der Testierfähigkeit zu erblicken haben. Die Streitfrage stammt schon aus den Zeiten der Republik und Zweifel machen sich noch unter Antoninus Pius geltend.

Hier befinden wir uns der b. p. gegenüber. In dieser Beziehung wird die Mitwirkung des Vormundes auf gleiche Stufe gestellt mit der familiae uenditio und der nuncupatio. Das wird eingeleitet mit einem nam idem iuris. Genau genommen ist das freilich keine richtige Begründung. Die Frage war vielmehr: sollen wir die Mitwirkung des Vormundes so oder anders auffassen?

2. Wichtiger ist der allgemeine Satz des Ediktes, der uns hier entgegentritt. Vielleicht läßt sich das Edikt des Prätors betreffend die b. p. s. t., wie es dem Gajus vorlag, aus dem § 119 insoweit noch wieder herausschälen. Es könnte etwa gelautet haben:

Si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum uniuersorum possessionem me daturum polliceor; si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, etsi totum testamentum non ualeat, uelut quod familia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit.

Die Worte uelut frater . . idem iuris est und alia ex causa scheinen mir erst später eingeschoben zu sein. Wenigstens wird die Gedankenverbindung, wenn wir diese Worte zunächst ausschalten, logisch einfacher; und in sprachlicher Beziehung fällt auf et si statt ac si neben alia ex causa und idem iuris. Vgl. V. I. R. I, 509—511.

Der Prätor erteilt die b. p. s. t. auf Grund eines Testamentes mit sieben Zeugensiegeln. Er kümmert sich nicht darum, ob das familiam uenire wirklich stattgefunden, die nuncupationis uerba wirklich gesprochen sind.

Dabei ist indes Voraussetzung, daß keine gesetzlichen Erben vorhanden. Diese würden den eingesetzten Erben vorgehen.

3. Wenn gesetzliche Erben potiores scriptis heredibus habeantur, so wird dies der Prätor schon bei Erteilung der b. p. berücksichtigt haben. Also traten einerseits vor ihm auf die eingesetzten Erben, die ein Testament mit sieben Zeugensiegeln vorzeigten, andererseits ein Bruder oder Vatersbruder des Verstorbenen: so genügte das siebenmal gesiegelte Testament an sich nicht zur Erteilung einer b. p. s. t.; es mußte außerdem von den eingesetzten Erben der Nachweis geführt werden, daß die beiden in Frage stehenden Handlungen, das familiam uenire und die nuncupatio, vorgenommen waren. Konnte dieser Beweis nicht erbracht werden, dann mußte die b. p. s. t. weichen dem Zivilrecht.

4. An anderen Stellen seiner Institutionenvorlesung hat Gajus das vorjuliansche Edikt beibehalten: siehe Rtsgel. Gaj. S 132 flg. Dasselbe könnte hier geschehen sein. Dagegen ist das vorliegende Edikt wesentlich jünger als dasjenige, welches uns Cic. in Verr. II, 1, 45 § 117 mitteilt. So hätten wir denn ein Mittelglied vor uns zwischen dem Julianschen Edikte und dem Edikte bei Cicero. Nach beiden Richtungen hin verdient das Edikt, wie es dem Gajus vorlag, eine nähere Betrachtung.

5. Das Edikt bei Cicero a. a. O. lautet: Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo.

Statt ambigetur liest Leist, Forts. Bd. 1 S. 77 ambigitur. Vgl. über beide Lesarten Müller adnotatio critica pag. XXXVII. Sachlich haben wir es jedenfalls mit einem

Futurum zu tun. Und für ambigetur dürften ins Gewicht fallen: lex agr Zle. 33 sei qu)id de eo agro loco ambigetur; lex Rubr. c. 21 Zle. 19 de qua tum inter eos ambigetur; fr. Atest. Zle. 14 quod priuatim ambigetur.

a) Was bedeutet dieses ambigetur?

Nach M. Voigt XII Tafeln Bd. 1 S. 582 Anm. 11 soll es uns hinweisen auf die legis actio sacramento. Indessen obige drei Stellen dürften den Formularprozeß voraussetzen. In anderen von M. Voigt beigebrachten Stellen hat ambigere eine ganz allgemeine Bedeutung. So Cic. pro Caec. 8, 21; c. 2 pr. de rei uind. 3, 32 vom Jahre 213. Bei c. 19 ebenda vom Jahre 293 läßt sich die l. a. sacramento schon mit der Jahreszahl kaum vereinigen. Nur diese allgemeine Bedeutung treffen wir an in den Stellen des V. I. R. I, 411. 412, namentlich in Wendungen wie: non ambigitur, nequaquam ambigendum est, nemo est qui ambigit, ambigi non potest u. dgl.

So wird denn auch wohl in unserem Edikt das ambigetur in einem allgemeineren Sinne zu nehmen und jedenfalls nicht auf die legis actio sacramento zu beschränken sein. Dasselbe gilt von der verwandten Stelle bei Cic. de inu. 2, 42 § 122: Ambigunt agnati cum eo, qui est heres. So schon Leist Bon. Poss. Bd. 1 S. 129.

Auffallend ist übrigens, worauf Kalb R. J. S. 24 aufmerksam macht, daß ein Wort wie ambigere bei den Rechtsgelehrten nach Celsus und vor Papinian überhaupt fehlt. Insonderheit kommt es bei Gajus nicht vor. Zum Teil könnte ambigere auf Interpolation beruhen. Dies glaubt z. B. Eisele Z. R.G. Bd. 24 S. 13 von Paul fr. 2 § 8 de aquae pluu. 39, 3: hoc est si factum esse non ambigatur; und Beseler, Beiträge Heft 2 S. 21 behauptet sogar: ‘wahrscheinlich ist das Wort in allen Juristenstellen, die das VIR notiert, unecht’. Vgl. dazu A. Berger Kr. VJ.Schr. Bd. 50 S. 415 flg.

b) Die älteste b. p. von der wir Kunde haben, ist eine

b. p. s. t., welche ein Prätor L. Papirius erteilte. Hierüber berichtet Plin. n. h. 7, 5 § 40 = Gell. n. a. 3, 16 § 23: Masurius auctor est L. Papirium praetorem secundo herede lege agente bonorum possessionem contra eum dedisse, cum mater partum se tredecim mensibus diceret tulisse, quoniam nullum certum tempus pariendi statutum uideretur. Vgl. dazu Leist Forts. Bd. 1 S. 67 Anm. 51.

Unter dem L. Papirius soll nach M. Voigt R. R.G. Bd. 1 S. 535 L. Papirius Maso zu verstehen sein, den Liu. 41, 14 § 5 unter den Prätoren des Jahres 578/176 aufführt. Das könnte richtig sein. Wenigstens finde ich weder in den Fasti praetorii von Wehrmann für die Jahre 588/166 bis 710/44 noch denen von Hölzl für die Jahre 687/87 bis 710/44 einen L. Papirius genannt.

Den Fall haben wir uns so vorzustellen. Ein Ehemann hat einen Sohn, den seine Witwe gebären wird, etwa in dieser Weise zum Erben eingesetzt: Si filius ex muliere genitur, is mihi heres esto. Dreizehn Monate nach dem Tode des Mannes kommt die Witwe mit einem Sohne nieder und behauptet so lange schwanger gewesen zu sein. Das wird der Prätor kaum geglaubt haben. Er erteilt ihr jedenfalls aus einem ganz anderen Grunde die b. p. s. t.: weil der Testator keine Frist angegeben habe, binnen welcher seine Frau gebären müsse. Anders würde der Prätor wohl eine Erbeseinsetzung behandelt haben, wie sie uns bei Cic. de inu. 2, 42 § 122 entgegentritt: Si mihi filius genitur, is mihi heres esto.

Hervorgehoben werden mag, daß der Prätor L. Papirius bei Erteilung einer b. p. s. t. an Nachgeborene noch nicht die Schranke gekannt haben kann, wie wir sie aufgestellt finden bei Paul. fr. 3 de b. p. s. t. 37, 11. Darnach kann nur der Nachgeborene diese b. p. erbitten, qui moriente testatore in utero fuerit. In dieser Beziehung bestimmte tab. IV, 4, wenn auch nur für die Intestaterbfolge: in decem mensibus gigni hominem.

Für den Fall, daß die Witwe keinen Sohn gebären werde,

ist ein secundus heres, ein Substitut ernannt. Dieser hat Klage erhoben auf dem Wege der legis actio und während dieses Prozesses, secundo herede lege agente, ist die Erteilung der b. p. gegen den Substituten contra eum, also zugunsten des Nachgeborenen erteilt worden.

Daran nimmt lebhaften Anstoß Huschke Iurispr. Antei.[4] bei Mas. Sabinus n. 24 S. 127 Anm. 3. Es könne sich hier nur um die Vindizien handeln: uera enim ingenui bonorum possessio neque in legis actione neque unquam contra aliquem datur.

Diese Vertauschung der b. p. mit den Vindizien hat doch wohl ihre großen Bedenken. S. und K. haben den Satz auch fortgelassen. Das uindicias dicere ist allerdings ein Bestandteil der alten in rem actio, insofern würde man von einem Verfahren lege agente sprechen können. Aber es wäre doch sehr wohl möglich, daß ursprünglich auch einmal die Erteilung einer b. p. eine in rem actio zu ihrer Voraussetzung gehabt hätte.

Diese alte Voraussetzung blickt noch durch in dem Si de hereditate ambigetur bei Cicero. Ein Streitverfahren ist auch jetzt noch erforderlich. Wir brauchen aber dabei nicht mehr an die alte in rem actio zu denken. Es reicht aus, wenn sich zwei zunächst bloß um die Erteilung der b. p. streiten. Insofern ist also immer noch möglich ein contra aliquem b. p. dare.

c) Ueber das Verhältnis der b. p. zum uindicias dicere bestehen Streitfragen, auf die ich hier nicht näher eingehen will. Vgl. darüber Leist, Fortf. Bd. 1 S. 113 flg.

Ich bin hier zu folgendem Ergebnisse gelangt.

Wie das uindicias dicere ein Bestandteil der alten legis actio in rem, so geht ursprünglich die b. p. neben einer solchen legis actio einher. Diese Voraussetzung wird im Laufe der Zeit abgestreift. So schon Leist, Bon. Poss. Bd. 1 S. 129. Es bleibt aber übrig ein Streitverfahren vor dem Prätor, worauf uns hinweist das ambigetur in der Ciceroſtelle.

Nach welchen Grundsätzen der Prätor dabei verfuhr, zeigt uns der Schlußsatz. Vorzugsweise, potissimum, wird der Prätor den berücksichtigen, der in einem Testamente, wie er es verlangt, zum Erben eingesetzt ist. Aber immer nur vorzugsweise. Unter Umständen würde der Prätor auch den gesetzlichen Erben berücksichtigt haben: mochte dies nun ein Agnat oder eine Gens sein. Vgl. wegen der Gens Cic. in Verr. II, 1, 45 § 115: possessio Minuciae genti esset data. Darauf war der Prätor aber keineswegs beschränkt. Vgl. z. B. die vom Prätor C. Calpurinus Piso im Jahre 685/69 erteilte b. p. bei Val. Max. 7, 7 § 5.

d) Die Erteilung einer b. p. s. t. schuf keine endgültigen Zustände, es blieb den gesetzlichen Erben vielmehr unbenommen, ihr gesetzliches Erbrecht dem bonorum possessor gegenüber zur Geltung zu bringen.

In dieser Beziehung werden wir bei Cic. in Verr. II, 1, 45 § 115 auf zwei Rechtsmittel hingewiesen: lege ageret in hereditatem aut, pro praede litis uindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret.

Einerseits kann demnach der gesetzliche Erbe mit der alten legis actio in rem auftreten: Hanc ego hereditatem ex iure Quiritium meam esse aio. Bei diesem Verfahren haben wir dann aber abzusehen von einem uindicias dicere. An dessen Stelle war bereits die b. p. erteilt worden. Diesem bonorum possessor wird aber in gleicher Weise obgelegen haben, wie einem Beklagten, zu dessen Gunsten der Prätor uindicias dicebat, in Gemäßheit von IV, 16: praeuides aduersario dare litis et uindiciarum; oder wie man jetzt vielleicht sagte: rei et fructuum.

Andererseits ist ein Sponsionsverfahren möglich. Vgl. darüber Leist, Forts. Bd. 1 S. 142 flg. Und da dasselbe in Gegensatz gebracht wird zum lege agere, so werden wir dasselbe zum Formularprozeß in Beziehung zu setzen haben.

Vorbedingung dieses Sponsionsverfahrens war indes ein

satisdare pro praede litis uindiciarum von seiten des bonorum possessor. War dieses geordnet, so konnte die sponsio mere praeiudicialis abgeschlossen werden.

6. Diesem Rechtszustande Ciceronianischer Zeit gegenüber weist nun das Edikt, wie es Gajus voraussetzt, verschiedene Aenderungen auf.

Zwar ein Streitverfahren vor dem Prätor um die b. p. wird noch immer zulässig gewesen sein. Dies wäre anzunehmen, selbst wenn es nicht durch das potiores habeantur schon nahegelegt würde.

Andererseits weist uns aber das si nemo sit darauf hin, daß die Erteilung einer b. p. daneben auf einseitigen Antrag hin möglich war.

Insonderheit haben sich aus dem freien Ermessen des Prätors feststehende Sätze entwickelt, die dasselbe mehr und mehr einschränkten.

Die b. p. s. t. wird nur dann erteilt, wenn kein gesetzlicher Erbe des Zivilrechtes vorhanden ist: si nemo sit. Darunter wird nicht bloß der Fall zu verstehen sein, wenn ein gesetzlicher Erbe überhaupt nicht existierte; es wird schon genügt haben, wenn er sich nur beim Prätor nicht meldete.

Treten aber neben den Testamentserben gesetzliche Erben vor dem Prätor auf, so erscheinen diese den eingesetzten Erben gegenüber als die potiores.

Sind zwar gesetzliche Erben vorhanden, die nur nicht erschienen sind beim Prätor, um eine b. p. zu erbitten, so wird der Prätor die b. p. den Testamentserben erteilt haben. Diesen gegenüber waren indes die gesetzlichen Erben an sich zum uindicare hereditatem berechtigt.

Als gesetzliche Erben werden nur angeführt Agnaten. Die Gentilen sind also beseitigt. Das stimmt zu III, 17: totum gentilicium ius in desuetudinem abisse.

Andererseits werden unter den Agnaten gar keine sui angeführt. Die Frage wird mich Erkl. 20 unter 2 noch näher beschäftigen.

7. Was die Fassung des Julianischen Ediktes anbetrifft, so äußert sich darüber Lenel, Ed.[2] S. 336 § 149 folgendermaßen:

Ein Satz Si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae 'wurde als Generalrubrik schon vor die b. p. c. t. verpflanzt und daher ohne Zweifel nicht wiederholt'. Wegen des extabunt ist zu vergleichen Paul. fr. 1 Si tab. test. extabunt 37, 2. Das Ciceronianische proferentur fehlt auch schon bei Gajus.

Sodann hieß es statt secundum tabulas im Julianschen Edikt secundum supremas tabulas. Vgl. Paul. fr. 92. fr. 163 pr. de uerb. sign. 50, 16; Ulp. fr. 1 § 1 de b. p. s. t. 37, 11.

Für die Annahme weiterer richterlicher Veränderungen oder Ergänzungen findet Lenel in den Quellen keinen Anhalt. Gleichwohl wäre nicht unmöglich, daß die beiden mit si nemo sit und etsi totum testamentum beginnenden Sätze bei Gajus auch Aufnahme im Julianschen Edikte gefunden hätten.

20. Das Reskript des Kaisers Antoninus Pius. II, 120.

Der II, 120 genannte Antoninus wird kein anderer sein, als Antoninus Pius: siehe Rtsgel. Gaj. S. 2; und der imperator weist darauf hin, daß Gajus diesen Paragraphen nachgetragen hat.

Der Inhalt dieses Reskriptes ist von hoher Bedeutung für die Entwicklung der b. p.: wird hier doch einem unvollkommenen zivilen Testamente, wenn daraufhin b. p. erbeten war, auf einem Umwege, vermittelst einer exceptio doli mali, gesetzlichen Erben gegenüber zivilrechtliche Wirkung beigelegt.

1. Diese Einrede kann denen entgegengehalten werden, qui ab intestato uindicant hereditatem. Was ist unter diesem uindicare hereditatem zu verstehen?

Man möchte diese Klage beziehen wollen auf die alte legis actio in rem. Dem dürfte aber einigermaßen im Wege

stehen die Bemerkung IV, 108: nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum.

Also haben wir uns zu beschränken auf die Klagen des Formularprozesses.

Cic. in Verr. II, 1, 45 § 115 kennt zweierlei Wege, wie ein Intestaterbe eine Erbschaft geltend machen konnte: lege ageret in hereditatem aut . . sponsionem faceret et ita de hereditate certaret.

Ich habe schon oben Erkl. 19 unter 5 d ausgeführt: daß dieses Sponsionsverfahren, weil es in Gegensatz tritt zum lege agere, nur mit dem Formularprozeß in Verbindung gebracht werden kann. Eine hereditatis petitio muß es damals noch nicht gegeben haben. Mithin war die älteste Klage zum Schutze einer Erbschaft, die der Formularprozeß kennt, eine Sponsionsklage: die wir uns demnach als einen Vorläufer der hereditatis petitio vorstellen können.

Wann nun diese hereditatis petitio entstanden sein mag, entzieht sich unserer näheren Kenntnis, wir werden sie aber jedenfalls schon dem Julianschen Edikt zuschreiben können: vgl. Lenel, Ed.² S. 171; Girard-v. Mayr S. 981 Anm. 4.

Mag demnach der Intestaterbe mit der hereditatis petitio vorgehen oder ein Sponsionsverfahren einleiten, in beiden Fällen muß er gewärtig sein, daß ihm die exceptio doli mali entgegengesetzt wird. Und wenn in unserer Stelle allgemein von einem uindicant hereditatem die Rede ist, so haben damit wohl diese beiden Klagen des Formularprozesses umfaßt werden sollen.

Das Sponsionsverfahren ist später auf die legis actio übertragen worden: IV, 95. So gelangen wir hier ebenfalls zu einem doppelten Verfahren: dem alten lege agere in rem und dem Einklagen einer Sponsionssumme. Mag nun auch das alte lege agere in rem seit den duae Iuliae, wie Lenel Ed.² S. 171 vermutet, nicht mehr stattgefunden haben, es bleibt doch noch immer das neue Sponsionsverfahren übrig;

und es fragt sich, wie wir uns dieser legis actio gegenüberzustellen haben.

Ist man der alten Anschauung treu geblieben, so kann von einer exceptio doli mali keine Rede sein. Hätte demnach ein Intestaterbe zur legis actio seine Zuflucht nehmen wollen, so wäre dem Beklagten wohl nichts anderes übrig geblieben, als den Prätor um ein denegare actionem anzugehen.

Schon Leist, Forts. Bd. 2 S. 90, hat bei dieser Gelegenheit an die Möglichkeit einer Denegation erinnert. Der legis actio gegenüber erscheint sie sogar als eine Notwendigkeit. Und merkwürdig ist jedenfalls, daß wir der Denegation so häufig im Testamentsrechte begegnen. Siehe die Stellen bei Schott, Gewähren des Rechtsschutzes S. 91 flg.

2. Eine zweite Frage betrifft die gesetzlichen Erben. Es ist zwar allgemein von qui ab intestato uindicant die Rede, die Beispiele beschränken sich aber auf die Agnaten. In einer verwandten Stelle, III, 34, stoßen wir auf heredes suos et agn⟨ato⟩s. Sollen die sui in unserer Stelle ausgeschlossen sein, oder die gesetzlichen Erben sie mitumfassen?

Bei den sui wird die Sachlage verwickelter, weil hier das Noterbenrecht zu berücksichtigen wäre. Aus dem gänzlichen Schweigen möchte man daher wohl eher auf ein Ausscheiden der sui schließen.

Dazu kommt, daß die sui bei der b. p. in vieler Hinsicht als bevorzugte Agnaten erscheinen. Es ist dies freilich ein Punkt, den ich bei Leist nicht erschöpfend behandelt finde.

Jedenfalls bezöge sich das kaiserliche Reskript nur auf sui, sofern sie vom Gesetze berufen sind. Gegen sui, die der Testator in einem vollgültigen zivilen Testamente zum Erben eingesetzt hat, muß die auf einem prätorischen oder unvollkommenen Testamente beruhende b. p. s. t. zurücktreten. Vgl. III, 36: cum testamento scriptus heres euincere hereditatem possit.

Dasselbe gilt von der b. p. contra tabulas.

Ein suus ist vom Vater zum Erben eingesetzt, ein emancipatus vom Vater übergangen. Der emancipatus erbittet und erhält die b. p. contra tabulas. Der suus, welcher sich im Besitz der Erbschaft befindet, sei es ganz oder teilweise, z. B. der Bauernstelle, kümmert sich nicht weiter um b. p. Hier wird der emancipatus mittelst quorum bonorum vom suus Herausgabe der väterlichen Erbschaft nicht erreichen. Es heißt bei Scaeu. fr. 10 de coll. bon. 37, 6: hereditatem retinet iure eo, quod bonorum possessionem petere posset. Freilich kann ein solcher suus nach dem Edikte keine Kollation begehren: nec conferendum est ei, et ita edictum se habet. Denn der Prätor gewährt die Kollation nach Ulp. fr. 1 § 1 ebenda nur inter eos, quibus possessio data est. Vgl. Lenel Ed.[2] S. 333. Aber Scävola setzt sich auch darüber hinweg: et conferri ei debeat.

Von diesem Gesichtspunkte aus, quod bonorum possessionem petere posset, wird weiter betrachtet das Verhältnis des gesetzlichen berufenen suus zu den ferner stehenden Agnaten: III, 37.

Ob nun ein suus dem kaiserlichen Reskripte gegenüber ebenfalls eine bevorzugte Stellung einnahm? Mir will nicht recht in den Sinn, daß ein suus in einem prätorischen oder unvollkommenen zivilen Testamente hätte gültig enterbt werden können. Um so weniger, als die Formvorschriften für eine Enterbung in einem prätorischen Testamente von denen in einem Ziviltestamente abwichen.

3. Zu erörtern bleibt eine dritte Frage, deren Beantwortung von ganz besonderer Bedeutung sein dürfte: was haben wir zu verstehen unter den tabulae testamenti non iure factae?

An sich wäre der Ausdruck zu beziehen auf Testamente, die nicht rechtmäßig zustande gekommen sind. Es ist aber kaum glaublich, daß der Prätor in einem solchen Umfange die b. p. erteilt hätte. So werden wir uns denn nach einem engeren Begriffe umzusehen haben.

α) Schon Avenarius interpr. iur. lib. 5 cap. 18 § 8 bei Erklärung von Paul. fr. 25 § 1 de lib. et post. 28, 2 stellt dem testamentum iure factum gegenüber das testamentum imperfectum; versteht dann unter dem ersteren ein Testament, quod ualet iure ciuili, und unter dem letzteren ein Testament, quod praetoris auctoritate sustinetur.

Vangerow, Pand. Bd. 2[7] S. 204 unterstellt dem Ulpian bei Erklärung von fr. 2 de ini. rupto 28, 3 folgende Auffassung: das testamentum non perfectum sei zu betrachten als 'ein gänzlich vollendetes, aber nicht nach den Prinzipien des Zivilrechts, sondern nach den Voraussetzungen der b. p. s. t. errichtetes Testament . . tabulae VII signis signatae, ohne familiae mancipatio und ohne nuncupatio'.

Ebenso soll nach Girard-v. Mayr S. 912 Anm. 3 das non perfectum testamentum ursprünglich das prätorische Testament bezeichnen, 'das mangels der mancipatio familiae oder der nuncupatio nicht rite perfectum war'.

Von diesem Standpunkte aus betrachtet nun auch Leist, Forts. Bd. 2 S. 88 vgl. damit Bd. 4 S. 182 flg. unsere Gajusstelle.

β) Zuzugeben ist allerdings, daß mit den tabulae testamenti non iure factae gemeint sein sollten tabulae testamenti non iure ciuili factae. Und da das kaiserliche Reskript die Frauentestamente nach § 121 jedenfalls aus dem Grunde mitumfaßte, quod . . familiam non uendiderint aut nuncupationis uerba locutae non sint: so werden wir bei den tabulae testamenti non iure ciuili factae in erster Linie an Ziviltestamente zu denken haben ohne familiae uenditio und nuncupatio.

γ) Zuzugeben ist ferner, daß die exceptio doli mali nur solchen Testamentserben zukommen sollte, welche die b. p. erlangt hatten: qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint.

δ) Nicht gesagt ist aber und in die Stelle erst hineingetragen: daß die Voraussetzungen eines prätorischen Testamentes gegeben sein mußten.

Man hat sich hier täuschen lassen durch den Zusammenhang, in den dieses Reskript von Gajus gebracht worden.

Vorauf geht folgender Gedanke. Der Prätor verspricht die b. p. s. t. auf Grund eines Testamentes mit sieben Siegeln, wenn kein Agnat da ist, und kümmert sich nicht um das familiam uenire wie die uerba nuncupationis.

Wie nun, wenn Agnaten auftreten, fragt Gajus: an potiores scriptis heredibus habeantur? Dabei ist zunächst zu denken an eine Verhandlung vor dem Prätor: ob er den Agnaten oder den eingesetzten Erben die b. p. erteilen soll.

Die Frage selbst wird, wie so häufig, von Gajus gar nicht unmittelbar beantwortet. Er weist aber auf ein Reskript hin, wo von solchen die Rede, die auf Grund von tabulae testamenti non iure factae eine b. p. erhalten hätten.

Daraus wird man vielleicht schließen dürfen: Treten Erben mit unvollkommenem Testamente und Agnaten vor dem Prätor auf, so wird er trotzdem die b. p. s. t. erteilen können. Ob er dabei nötig hatte, am Erfordernis der sieben Siegel festzuhalten? Das Reskript bot dafür jedenfalls keinen Anhalt dar.

ε) Demnach werden wir unsern Ausgang vom Ziviltestamente nehmen können.

Der Prätor ist nicht dabei stehen geblieben, die b. p. nur zu erteilen auf Grund eines schriftlichen, mit sieben Siegeln versehenen Testamentes. Im Laufe der Zeit entwickelte sich auch eine b. p. secundum nuncupationem. Dabei haben wir in erster Linie zu denken an ein gültiges Ziviltestament, errichtet vor fünf Zeugen, begleitet von den feierlichen Worten des Treuhänders wie des Testators. Vgl. Erkl. 16 unter 1.

ζ) Nun glaube ich Bd. 1 S. 197 flg. für die Manzipationsform im allgemeinen den Nachweis geführt zu haben, daß sich aus der Beurkundung einer mündlichen Manzipatio eine schriftliche Manzipatio mit selbständiger Form entwickelte. Es wurde einfach niedergeschrieben, daß die Manzipation erfolgte: mancipio accepit; daneben ein Wagehalter zugezogen und ein Zeuge am Ohre gezupft.

η) Dieselbe Entwicklung hat sich vollzogen beim Manzipationstestament. Ein solches schriftliches ziviles Manzipationstestament ist uns sogar erhalten in dem Testamente des Gaius Longinus Castor, mit dem ich mich Erklärung 18 näher beschäftigt habe.

ϑ) Die große Bedeutung des Antoninischen Reskriptes, mit dem wir es hier zu tun haben, besteht demnach darin: daß ein unvollkommenes ziviles Testament, auf Grund dessen der Prätor die b. p. s. t. erteilt hatte, das also schriftlich abgefaßt war, von jetzt an auch zivilprozessualischen Schutz genoß. Die in einem solchen Testamente eingesetzten Erben konnten die vom Gesetze gerufenen Agnaten mittels exceptio doli mali zurückweisen.

4. Zur Erläuterung dieser Entwicklung erlaube ich mir weiter das Folgende zu bemerken.

α) Der Prätor erteilte die b. p. nicht bloß auf Grund eines schriftlichen von sieben Zeugen besiegelten Testamentes, sondern auch secundum nuncupationem: d. h. auf Grund eines mündlichen Manzipationstestamentes, wo die feierlichen Worte vom Treuhänder und Testator noch wirklich gesprochen waren.

β) Dann mag der Prätor schon vor dem Antoninischen Reskripte dazu übergegangen sein, die b. p. auch zu erteilen auf Grund eines Manzipationstestamentes, wo niedergeschrieben war: daß der Testator seinen letzten Willen erklärt, der Verkauf des Vermögens stattgefunden habe, indem ein Mann mit der Wage dabeistand und der Treuhänder einen Zeugen am Ohre zupfte.

γ) Eine solche b. p. ermangelte aber einer sichern Grundlage. Denn wie wenn die nächsten Agnaten die Erbschaft gerichtlich in Anspruch nahmen, indem sie den Gegenbeweis führten: daß, so wie niedergeschrieben, der Verkauf des Vermögens gar nicht stattgefunden, bzw. der Testator gar nicht gesprochen habe?

δ) Hier greift nun das Antoninische Reskript ein und erkennt damit an das schriftliche zivile Testament. Die Form des prätorischen Testamentes braucht gar nicht gewahrt zu sein.

Es genügt die Zuziehung von fünf Zeugen. Und wenn die neue Form daneben auch einen Mann mit der Wage wie den Treuhänder verlangt, so sind das doch keine Zeugen im engeren Sinne. Vgl. I, 113 non minus quam V testibus . . item libripende; I, 119 quinque testibus . . et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat: II, 104 adhibitis . . V testibus . . et libripende: II, 108 testis et libripens; III, 174 quinque testes et libripens. Auch II, 107 heißt es zunächst De libripende . . et de testibus: und wenn Gajus hinzufügt nam et is testium numero est: so sind doch auch hier nur Zeugen im engeren und weiteren Sinne einander gegenübergestellt.

ε) Wir haben demnach bei dieser Entwicklung unsern Ausgang zu nehmen vom zivilen Manzipationstestamente, das zunächst als mündliches in Betracht kommt. Der Prätor fängt an, eine b. p. auch secundum nuncupationem zu erteilen. Dabei bleibt er nicht stehen, sondern greift über auf das zivile in Schrift gefaßte Testament. Eine sichere Grundlage vorhandenen Agnaten gegenüber erhält dieses zivile in Schrift gefaßte Testament erst durch das in Frage stehende kaiserliche Reskript.

Jetzt haben wir zwei Arten schriftlicher Testamente: ein ziviles und ein prätorisches. Dieser Gegensatz läßt sich auch so ausdrücken: das eine Testament verlangt die Zuziehung von fünf, das andere die Zuziehung von sieben Zeugen. Diesem Gegensatze sind wir ebenfalls schon begegnet: siehe Erkl. 16 unter 4 a β; Erkl. 18 unter 8.

5. Es ist noch einer Stelle zu gedenken, von der Leist behauptet, daß sie dasselbe sage, was er als Inhalt unserer Gajusstelle entnimmt. Es ist dies eine Stelle von Paulus coll. 16, 3 § 1 = sent. 4, 8 § 1. Die Stelle bietet mancherlei Schwierigkeiten dar, die ich zum Teil auf sich beruhen lassen kann. Für uns kommt nur der Schlußsatz in Betracht, welcher in folgender Gestalt überliefert ist: sine iure praetorio factum testamentum obiecta doli exceptione optinebit.

Dieser Schlußsatz hat sich eine Reihe von Aenderungen gefallen lassen müssen, die im allgemeinen darauf hinauslaufen, daß der überlieferte Inhalt in sein Gegenteil verwandelt worden. Von meinem Standpunkte aus wäre kaum eine Aenderung nötig, nur könnte man etwa die zweite Silbe von sine auflösen in non est.

Die Stelle besagt: wenn das Testament nicht nach prätorischem Rechte errichtet, es sich behaupten wird, nachdem die doli exceptio vorgeschützt worden.

Daß man diese doli exceptio mit unserm Antoninschen Reskripte in Verbindung gebracht hat, halte ich für richtig. Demgemäß werden wir sie zum schriftlichen zivilen Fünfzeugentestament in Beziehung zu setzen haben. Die doli exceptio bedingt eine formula. Den eingesetzten Erben war eingeräumt ein defendere se per exceptionem doli mali. Und diese Verteidigung hatte eine Vindikation zur Voraussetzung. Es mußte also in einem ordentlichen Verfahren über die Gültigkeit des Testamentes abgeurteilt werden. Und wenn auch zwei Erfordernisse nachgelassen waren, so hätten doch noch sonstige Mängel vorhanden sein können.

21. Die Anfänge des Noterbenrechts. II, 123. 124.

Ehe wir zu den Anfängen des Noterbenrechts gelangen, haben wir einen weiten Weg zurückzulegen.

1. Nach Zwölftafelrecht konnten die Rechte der sui an dem väterlichen Nachlaß durch Testament nicht geschmälert werden. Nach V, 4 war nur befugt, über seinen Nachlaß zu testieren, wer keinen Waisen hinterließ: cui suus heres nec escit. Vgl. über die Grundbedeutung von heres Bd. 1 S. 249.

Deshalb darf man aber nicht annehmen, daß der Vater dem gesetzlichen Erbrechte der sui gegenüber machtlos gewesen wäre. Hier greift vielmehr ein die Teilung des Vaters unter seine Kinder, diuisio inter filios filias. Vgl. darüber Burchardi Lehrbuch des röm. Rts. Bd. 2 § 346; M. Voigt

Ius naturale Bd. 3 S. 184, 381 flg., denselben Zwölftafeln Bd. 2 S. 399 flg.; Kohler Arch. Ziv. Prax. Bd. 91 S. 335 flg.; Rabel Festschrift Basel 1907 S. 521 flg.; Sohm Institutionen [14] S. 731 Anm. 18.

Diese Teilung ist ein uraltes Rechtsgebilde. Vgl. Leist Alt-Arisches Ius ciuile Bd. 2 S. 262. Anderer Meinung freilich Polacco bei Schneider Kr. Viertelj. schr. Bd. 28 S. 419. Sie ist älter als die Erbeseinsetzung; und hätte entbehrt werden können, seit es eine Erbeseinsetzung auch beim Vorhandensein von sui gab: hat sich aber mit großer Hartnäckigkeit neben derselben erhalten.

Die Teilung fand ursprünglich nur statt unter sui: c. 1 fam. erc. C. Th. 2, 24 vom Jahre 321. Anderer Meinung freilich Neuner Her. inst. ex re certa S. 168 flg.

Maßgebend war der Wille des Vaters, gebunden an keine Form, selbst stillschweigende Erklärung genügte. Ulp. fr. 20 § 3 fam. erc. 10, 2: sine scriptura; c. 16 fam. erc. 3, 36 vom Jahre 293: quibuscumque uerbis; c. 26 ebenda vom Jahre 321: quibuscumque uerbis uel indiciis.

Die Teilung war eine Sachteilung, keine Bruchteilung des Vermögens: Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 42 S. 237 flg. Sie konnte sich auf einzelne Sachen beschränken, aber auch alle Sachen umfassen: Ulp. fr. 20 § 3 fam. erc. 10, 2; Pap. fr. 32 ebenda.

Der Vater konnte in ganz beliebiger Weise teilen: dem Sohn z. B. viel mehr zuwenden als der Tochter. Scaeu. fr. 39 § 1 fam. erc. 10, 2: diuisit ita, ut longe amplius filio quam filiae relinqueret. Was sich bei uns in bäuerlichen Verhältnissen hier und da als bleibende Rechtsordnung festgesetzt hat — daß der älteste Sohn die Stelle, die Tochter vielleicht nichts weiter als ein aufgemachtes Bett erhält — konnte ein altrömischer Bauer durch väterliche Teilung ebenfalls erreichen.

Der Begriff der Teilung bringt es mit sich, daß der Vater jedem seiner sui wenigstens etwas zuwenden mußte.

Nach Leist a. a. O. hätte freilich der Vater auch die Befugnis gehabt, schlecht sich betragende Kinder auszuschließen.

Andererseits stand es dem Vater frei, die Zuwendungen zu belasten. In dieser Beziehung kommen namentlich die Schulden in Betracht. Ulp. fr. 20 § 3 fam. erc 10, 2: et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit. Vgl. zu dieser Stelle Präscriptio S. 87 flg. Die andere Hauptstelle ist Scaeu. fr. 39 § 5 ebenda.

2. Lag keine väterliche Teilung vor, so trat nach dem Tode des Vaters von Rechtswegen das consortium ercto non cito ein. Gell. n. a. 1, 9 § 12: anticum consortium, quod iure atque uerbo Romano appellabatur 'ercto non cito'. Es wird so lange gedauert haben, bis eine Teilung beantragt und bewerkstelligt wurde. Vgl. Leist Zur Gesch. der röm. Societas S. 20 flg.; Pernice Z. R.G. Bd. 16 S. 70 flg.; Karlowa Z. R.G. Bd. 2 S. 653. Eine besondere Privatvereinbarung, wie Girard von Mayr S. 624 Anm. 3 annimmt, war wohl kaum erforderlich. Dagegen spricht die ganze Sachlage und die angeführte Gelliusstelle braucht nicht so verstanden zu werden. Das Verhältnis läßt sich der heutigen fortgesetzten Gütergemeinschaft an die Seite stellen. Vgl. darüber BGB. §§ 1483 flg.

Wie wurde es in diesem Falle mit etwaigen Schulden? Jedenfalls wird es den Geschwistern freigestanden haben, sie aus gemeinschaftlichen Mitteln zu decken.

3. Nun setze man weiter den Fall, der Vater hätte recht ungleich geteilt, und nichts über die Schuldentilgung angeordnet. Der Sohn bekommt die Bauernstelle, die Schwester ein aufgemachtes Bett. Hier liegt der Gedanke näher: die Schulden hat der zu bezahlen, welcher am meisten erhalten hat.

4. Es dürfte sich empfehlen, jetzt auf den alten Begriff hereditas etwas näher einzugehen, den ich schon mehrfach berührt habe. Siehe Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 25. 32. 36. Insonderheit hob ich Bd. 2 Abt. 1 S. 188 hierbei hervor, daß den beiden

Coderstellen mit ihrem ex lege duodecim tabularum keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen könne.

Die alte hereditas war nichts anderes als ein Haufen körperlicher Sachen. Forderungen und Schulden gingen einmal mit dem Tode von Rechtswegen unter.

Diese Auffassung steht in schroffem Gegensatz zu der Ansicht von Mitteis. In dessen Röm. Pr.rt Bd. 1 S. 97 ist folgender Satz sogar durch gesperrten Druck hervorgehoben: ‘für unsere Kenntnis der Dinge steht die unbeschränkte Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten an der Spitze der römischen Geschichte’.

Mitteis beruft sich darauf: daß ‘die Kinder in die Opferpflicht, das Hospitium, den Patronat, den Totenkultus und die Blutrache für den Vater eintreten, also in allem als seine zurückgebliebenen Repräsentanten erscheinen’.

Das sind lauter Dinge, für die in erster Linie das Sittengesetz in Betracht kam. Ob und wie weit daraus feste Rechtssätze hervorgingen, ist eine zweite Frage.

Was insonderheit die Opferpflicht anbetrifft, so können wir ja deutlich verfolgen, wie sich nach und nach auf dem Grunde kindlicher Pietät ein priesterliches Gewohnheitsrecht aufbaute: eine Entwicklung, die Jahrhunderte umfaßt. Vgl. Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 32.

Mitteis folgert: ‘so ist es nur eine andere Seite dieser einheitlich gedachten Repräsentanz, wenn sie auch in seine materiellen Güter in gleicher Weise und mit Rechtsnotwendigkeit einrücken’. Das trifft auch von meinem Standpunkte aus zu. Aber die materiellen Güter, welche die Rechtsordnung ergreift, sind zunächst nur die körperlichen Sachen. Das Bestehenbleiben der weltlichen Forderungen und Schulden beruht auf einer besondern Entwicklung.

Sehr bemerkenswert ist S. 97 ein Zugeständnis von Mitteis: ‘An sich läßt sich aus dem Gedanken der Universalsukzession in dem hier entwickelten Sinn die unbeschränkte

Haftung für die Schulden des Erblassers noch nicht mit Sicherheit ableiten'.

Ueber diesen Einwand, den Mitteis sich schon selber gemacht hat, sucht er dann in folgender Weise hinwegzukommen: 'Sicher ist nur, daß, wenn ein solcher Zustand je bestanden hat, er ohne bestimmte Spuren verschwunden ist'.

5. Meines Erachtens sind uns von einer Universalsukzession, die nur die körperlichen Sachen umfaßt, noch Spuren genug erhalten.

a) Eine hereditas wurde vindiziert wie ein Grundstück, ein Gebäude. Die alte Erbteilungsklage umfaßte nicht die Forderungen und Schulden. Siehe Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 25.

b) Das credere war im alten Rom ein sehr gefährliches Geschäft. Siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 188.

c) Der adgnatus proximus wie die gentiles haben nach tab. V, 4. 5 ein Anrecht auf die familia. Und wenn wir auch familia in dem weiteren Sinne von familia pecuniaque verstehen wollen — siehe Bd. 1 S. 212 — so bleiben doch außer Ansatz die Forderungen und Schulden des Erblassers.

d) Der Gläubiger erlangt auf dem Wege der manus iniectio schließlich das Recht, seinen Schuldner zu töten oder ins Ausland als Sklaven zu verkaufen: tab. III, 5. Ist der Schuldner gestorben, so ist auch dieses Recht hinfällig geworden.

Sind der Gläubiger mehrere, so können sie den Schuldner nach tab. III, 6 in Stücke zerschneiden. Aber nur solange er lebt.

e) Ein Nachlaßkonkurs tritt uns zum ersten Male entgegen beim priesterlichen Gewohnheitsrecht betreffend die sacra, und zwar in der jüngeren Ordnung an vierter Stelle: Cic. de leg. 2, 20 § 48. Das wäre zwischen den Jahren 500/254 und 631/123. Vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 191. Damals umfaßte das den Gläubigern überwiesene Vermögen aber noch nicht die Forderungen des verstorbenen Schuldners. Dies ersehen wir aus der fünften Klasse. Siehe Cic. de leg. 2, 20 § 49 und dazu Bd. 2 Abt. 1 S. 202.

Nun konnten dem Verstorbenen von seinen Schuldnern Sachen zur Sicherheit übereignet sein, sei es auf dem Wege der Manzipatio oder Injurezessio, ohne daß der Verstorbene Besitz erlangt hatte. Solche Sachen brauchte der Schuldner des Verstorbenen den Gläubigern nicht auszuliefern. Andererseits konnten die Gläubiger diese Sachen beanspruchen, wenn der Verstorbene zugleich Besitzer war. Hatte aber der Verstorbene seine Sachen einem Schuldner vermietet oder auf beliebigen Widerruf hingegeben, so unterlagen solche Sachen dem Zugriffsrechte der Gläubiger. Dies auch dann, wenn der Schuldner selber die Sachen zuvor dem Verstorbenen übereignet hatte. Vgl. II, 60 und dazu Bd. 2 Abt. 1 S. 202. 203. Es ist bemerkenswert, daß in dieser Stelle von Erwerb des Eigentums durch Tradition keine Rede ist. In dieser Beziehung muß man sich vergegenwärtigen, daß noch Varro rer. rust. 2, 10 § 4 unter den Erwerbsarten des quiritischen Eigentums die Traditio nicht mit aufführt, vgl. Bd. 1 S. 212; und daß andererseits unsere Stelle schon dem Grundstocke angehört, siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 291.

Daß die Nachlaßforderungen den Gläubigern mit zugute kommen, tritt uns erst entgegen bei dem Konkursverfahren, das sich in den Formen der emptio uenditio bonorum bewegte. Der bonorum emptor klagte in diesem Falle ficto se herede. Vgl. IV, 35 und dazu Mélanges P. F. Girard, Zum römischen Konkursverfahren S. 20.

f) Das Quorum bonorum beschränkte sich auf körperliche Sachen: IV, 144. Der Uebergang von Forderungen und Schulden beruhte auf besonderer Entwicklung, auf Klagen, in quibus heredes esse finguntur: Ulp. 28, 12. Bevor demnach beim heres kein Uebergang von Forderungen und Schulden stattfand, konnte dies auch nicht beim bonorum possessor der Fall sein. Bei Leist, Forts. Bd. 1 S. 109 heißt es: 'Wir müssen also die fictitiae actiones für einen Urbestandteil der b. p. erklären'. Dieses 'also' beruht auf Vordersätzen, die nicht feststehen. Der Zusammenhang der

b. p. mit dem uindicias dicere — siehe Erkl. 19 unter 5c — gibt der Möglichkeit Raum, daß bei Einführung des Quorum bonorum ein Uebergang von Forderungen und Schulden auf den heres noch gar nicht stattfand.

g) Während beim Nachlaßkonkurse die Forderungen der Gläubiger schon berücksichtigt wurden, als ihnen ein Anrecht auf die Forderungen des Verstorbenen, abgesehen von Sicherstellung, noch gar nicht zukam: gingen bei adrogatio und in manum conuentio die Forderungen zwar über, während die Schulden nach Zivilrecht nicht fortbestanden. Siehe Erkl. 2.

h) Bei der hereditatis in iure cessio wird unterschieden zwischen den gesetzlichen und Testamentserben; bei den gesetzlichen wieder zwischen Agnaten und suus heres; sodann bei den Agnaten und Testamentserben, ob der Antritt schon erfolgt war oder nicht. Erfolgt die Cessio nach Antritt der Erbschaft, so werden nur körperliche Sachen übertragen. Insofern haben wir wieder die alte Auffassung. Die Schulden bleiben dann haften am Erben, während die Forderungen untergehen. Das erinnert an den ältesten Nachlaßkonkurs. Ich werde auf diese hereditatis in iure cessio, die uns zweimal entgegentritt, II, 35—37 und III, 85—87, am letztgenannten Orte wieder zurückkommen.

6. Diesen Ausführungen zufolge bleibe ich dabei, daß die hereditas ursprünglich nur die körperlichen Sachen umfaßte; Forderungen und Schulden gingen einmal mit dem Tode unter.

Es gesellen sich hinzu allgemeine Betrachtungen.

Körperliche Sachen, die ein Toter hinterläßt, bieten sich dem Auge von selber dar; um unkörperliche Dinge, wie Forderungen und Schulden des Toten, hat man sich zunächst nicht gekümmert.

Dann ist die Universalsukzession im heutigen Sinne, mit Uebergang von Forderungen und Schulden, eine äußerst feine Rechtsbildung, der wir schon aus diesem Grunde kein hohes Alter zuschreiben dürfen. Noch heutzutage fehlt Laien, selbst wohlhabenden Leuten, dafür das volle Verständnis. Man sieht

es ja ihren Testamenten an, wenn sie sich bei der Anfertigung allein überlassen waren.

7. Demnach kann die Frage nur die sein: wie hat sich später der Uebergang von Forderungen und Schulden entwickelt?

Dabei ist hervorzuheben, daß der Uebergang von Forderungen und Schulden sich nicht immer gleichmäßig und gleichzeitig vollzog. Man ließ Forderungen übergehen, wo die Schulden untergingen; und umgekehrt blieben Schulden in alter Weise bei Bestand, während es mit den Forderungen vorbei war.

8. Ich beschränke mich hier auf den Uebergang von Schulden. Die Frage wäre demnach: wie gelangte man zu einer Persönlichkeit, die für den Toten dessen Schulden zahlte?

Weltliches Recht und Sakralrecht gingen hier verschiedene Wege: siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 192.

Die pontifices hielten sich an die pecunia: sie nahmen für ihre sacra nicht bloß den heres, sondern daneben den todeshalber Beschenkten wie Legatar in Anspruch. Nach der jüngeren Ordnung wurden weiter herangezogen: qui . . usu ceperit plurimum possidendo; qui . . de creditoribus eius plurimum seruet; qui . . pecuniam debuerit neminique eam soluerit. Vgl. Cic. de leg. 2, 19 §§ 48. 49.

Bei den weltlichen Schulden begnügte man sich mit dem heres.

Während aber das cum pecunia sacra coniungi bei Cic. de leg. 2, 20 § 50 so zu verstehen sein wird, daß über den Nachlaß hinaus nicht gehaftet wurde, hat das weltliche Recht den Erben sogar mit seiner Person verantwortlich gemacht.

9. Das Sakralrecht scheide ich hier aus. Für das weltliche Recht kommt nur der heres in Betracht. Wer ist nun dieser heres?

Nach O. Schrader, Reall. S. 184 ist die Grundbedeutung von heres 'verwaist': siehe Bd. 1 S. 191.

Diese Grundbedeutung dürften wir noch antreffen in den Zwölftafeln.

V, 4 cui suus heres nec escit, d. h. wem sein Waise

fehlen wird. Bei Wiedergabe von heres ist es vielleicht erlaubt, Waise auch männlich zu nehmen, entsprechend einem früheren Sprachgebrauche: siehe darüber Grimm, Wörterbuch Bd. 13 Sp. 1043.

Eine andere Form von heres ist aeres. Die wird wohl noch stecken in dem Satze V, 3, wo ich setze suaerei = su aerei = sui aerei = sui heredis. Demnach erhalte ich den Satz Uti legassit super pecunia tutelaue sui aerei (heredis). Vgl. Bd. 1 S. 249.

Ein römischer Bürger durfte im alten Rom nur testieren über sein Vermögen, wenn er keinen Waisen hinterließ. Ein Waise war einmal das leibliche Kind, sodann das an Kindes Statt angenommene; weiter kommt in Betracht die uxor in manu. Im Testament durfte er keinen Waisen ernennen. Hier konnte er nur Legate aussetzen.

Waren Waisen vorhanden, so stand es dem römischen Bürger indes frei, für unmündige einen tutor und für geisteskranke im Testament einen custos zu bestellen. Vgl. V, 7 und dazu Erkl. 6.

Auf dem Grunde kindlicher Pietät hat sich ein priesterliches Gewohnheitsrecht entwickelt, welches die Kinder verpflichtete, die sacra zu leisten. So wird es auch für unsittlich gegolten haben, wenn Kinder, die ihren Vater beerbt hatten, sich weigerten, dessen weltliche Schulden zu berichtigen. Und diese sittliche Pflicht zu erfüllen, wird da um so näher gelegen haben, wo die Kinder nach dem Tode des Vaters die Gütergemeinschaft fortsetzten. Vgl. oben unter 1.

10. Setzen wir dann den Fall, daß der Vater eine Teilung vornahm. Bei dieser Gelegenheit konnte er ja gleichzeitig bestimmen, wie es mit den Schulden werden solle. Bei ungleicher Teilung wird es der Billigkeit entsprochen haben, daß der Vater demjenigen bezw. denjenigen die Tilgung der Schulden zumutete, der oder die am meisten bekamen. Und wenn ein Vater einem Sohne die Bauerstelle überließ, während dessen Geschwister nur geringfügig bedacht waren: so würde es den

Verhältnissen durchaus entsprochen haben, daß der Vater den Nachfolger in der Stelle auch zum Nachfolger in die Schulden sich ausersah.

Ein solcher Bauernsohn war dann heres in einem ganz besonderen Sinne: nicht bloß einfacher Waise, sondern zugleich das Kind, an welches sich die Gläubiger zu halten hatten.

11. Wie man heutzutage beim alten römischen Erbrecht überhaupt gleich von der Universalsukzession seinen Ausgang zu nehmen pflegt, verbindet man diesen Begriff insonderheit ohne weiteres mit der Erbeseinsetzung. Wenn nur ein einzelner Erbe vorhanden, kann man ja auch insofern von einem Universalsukzessor sprechen, als ihm sämtliche körperliche Sachen zufallen. Bei einer Mehrheit von Erben ist aber eine doppelte Art der Teilung möglich: eine Sachteilung und eine Bruchteilung des Vermögens. Die moderne Universalsukzession erfordert begrifflich die Bruchteilung. Diese tritt deshalb der hergebrachten Auffassung zufolge in den Vordergrund, während man die Sachteilung recht stiefmütterlich zu behandeln pflegt.

Dieser herrschenden Ansicht gegenüber hat schon Kuntze, Ueber die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke 1875 Abt. 1 S. 8 flg. den Gedanken entwickelt: daß wir in der institutio ex re facta vielmehr die ältere Bildung vor uns haben.

Ich bin auf andern Wegen als Kuntze zu ganz dem nämlichen Ergebnis gelangt und werde hierauf zurückkommen: siehe unten Erkl. 66 unter 4. Vorläufig lasse ich dieses Ergebnis hier für sich sprechen.

Heres ist an sich der Waise. Wenn der Vater unter mehrere Kinder eine Teilung des Nachlasses vornimmt, so haben wir mehrere Erben auf bestimmte Sachen. Und wenn der Vater einem dieser Kinder auferlegt, die Schulden zu zahlen, so haben wir einen heres ex re certa in einem ganz besondern Sinne.

11. Ich wende mich jetzt zum alten Manzipationstestamente.

Sind keine Waisen vorhanden, so kann der römische

Bürger mittelst Manzipationstestamentes über seinen Nachlaß beliebig verfügen: ursprünglich vielleicht nur über die beweglichen Sachen, später auch über die Grundstücke. Vermutlich wird er häufig die nächsten Agnaten bedacht haben. Sollte, was bei der Teilung unter Kindern möglich, nicht auch hier zu erreichen gewesen sein? Der Testator bürdete einem der Legatare die Last auf, die Schulden zu zahlen. Dann war dieser Legatar einem Waisen vergleichbar, der die Schulden zu zahlen hatte, und verdiente von diesem Standpunkte aus ebenfalls den Namen heres.

Wir gelangen auf diese Weise für das alte Manzipationstestament zu dreierlei Arten von Personen: Treuhänder, Legatar und Legatar-heres.

12. Es hing aber ganz vom Belieben des Testators ab, ob er einen Schuldenzahler ernennen wollte oder nicht. Hier erfolgte nun eine Neuerung: es wurde dem Testator die Ernennung eines Schuldenzahlers zur Pflicht gemacht.

Dieser Schuldenzahler verdrängt aber nicht sofort den Treuhänder. Wir haben es zunächst noch immer mit drei Personen zu tun: Treuhänder, Legatar, Legatar-heres.

13. Dieses Schuldenzahlen mochte indes nicht allen Testatoren genehm sein. Sie sinnen auf Mittel, dieser Verpflichtung zu entgehen. Sie ernennen zwar einen Schuldenzahler, erschöpfen aber das ganze Vermögen durch Legate und Freilassungen, so daß für den Schuldenzahler nichts übrig blieb, wovon er die Schulden bezahlen konnte: II, 224.

14. Hiergegen war gerichtet eine lex Furia. Sie verbot andern außer bestimmten nahen Verwandten bei Strafe des Vierfachen die Annahme von Legaten und Schenkungen todeshalber über tausend Asse: II, 225.

Damit war aber nicht viel geholfen. Denn wessen Vermögen 5000 Asse betrug, brauchte ja nur diese 5000 Asse unter fünf Legatare zu verteilen, so daß für den Schuldenzahler nichts mehr da war.

Es folgte die lex Voconia. Danach sollte weder ein

Legatar, noch ein todeshalber Beschenkter mehr annehmen dürfen, als der bzw. die Erben: II, 226.

Mit diesem Gesetze war auch nicht viel gedient. Es brauchte der Testator ja nur eine große Vielheit von Legataren je mit einem kleinen Betrage zu bedenken, so daß dem Schuldenzahler ebenfalls nur ein kleiner Betrag zugute kam: ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

Ein wesentlich anderes Bild bietet die lex Falcidia dar: II, 227. Diese fordert, daß dem Erben der vierte Teil seiner Erbportion frei von Vermächtnissen verbleibt.

Jetzt haben wir den Bruchteilserben vor uns, auf den die lex Furia und Voconia zunächst noch nicht hinweisen. Der Bruchteil wird vom Nettobetrage berechnet. Die Forderungen vermehren die Aktiva, die Schulden ruhen auf dem ganzen Nachlaß. Damit sind wir angelangt beim Universalsukzessor im modernen Sinne, zu dem sein Vorläufer, der heres ex re certa, gar nicht recht mehr passen will.

14. Es mag sein, daß sich die heredis institutio zunächst auf dem Gebiete bewegte, wo laut Zwölftafelrecht dem römischen Bürger das Testieren gestattet war: also sich dann einstellte, wenn keine Waisen vorhanden waren.

Diese Schranke ist später nicht eingehalten: die heredis institutio ist auch zugelassen worden beim Vorhandensein von Waisen.

15. Damit könnte es sich dann wieder so verhalten haben, daß man mit der heredis institutio die alte väterliche Teilung nachgeahmt hätte.

Der Bauer setzt einen Sohn als Erben auf seine Stelle ein, d. h. als heres ex re certa. Als heres hat er die Schulden zu zahlen. Die übrigen Söhne und Töchter werden mit Legaten abgefunden. In bezug auf diese heißt es im Testamente: exheredes sunto. Damit wäre gesagt: sie sind zwar Waisen, sollen aber als Schuldenzahler nicht in Betracht kommen.

Hierzu würde stimmen eine Nachricht über altes Recht, die uns Justinian c. 4 § 2 de lib. praet. 6, 28 vom Jahre 531 überliefert hat: scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum. Vgl. dazu Woeß Das röm. Erbrt. S. 152.

Ein exheredare inter ceteros im natürlichen Sinne kann sich doch nur beziehen auf Waisen; daß beliebige Fremde keine Schulden zu bezahlen brauchen, ist ja selbstverständlich.

Bei Annahme dieses Zusammenhanges zwischen heredis institutio und väterlicher Teilung begriffe sich ferner die ursprüngliche Formlosigkeit der Enterbung, an der man sich gestoßen hat: da bei der väterlichen Teilung die Formlosigkeit von Haus gegeben war.

16. Die Entwicklung schreitet weiter fort. Es werden Fremde zu Erben eingesetzt, während Waisen vorhanden sind.

17. Ob sich erst bei dieser Sachlage ein formelles Noterbenrecht entwickelte oder schon da, wo mittelst Erbeseinsetzung nur der alte Gedanke der väterlichen Teilung verwirklicht werden sollte, muß dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist das formelle Noterbenrecht nicht uralt.

Das erste Beispiel tritt uns entgegen bei Cic. de oratore 1, 38 § 175, worauf auch hingewiesen wird ebenda 57 § 244 sowie bei Val. Max. mem. 7, 7 § 1.

Der Fall ist dieser. Ueber einen im Felde stehenden Haussohn war dem Vater eine falsche Todesnachricht zugegangen; er setzt daher in einem neuen Testamente einen andern zum Erben ein. Nach Schröder, Noterbenrecht S. 36 soll dies ein Fremder gewesen sein. So mögen sich auch Cicero und Valerius Maximus die Sache vorgestellt haben. Es heißt bei Cic. § 175: et, quem ei uisum esset, fecisset heredem; und bei Valerius: inpudentia alienorum domum sibi clausam repperit.

Wir müssen uns aber doch wohl vor allen Dingen an die Frage halten, die hier auftaucht. In dieser Beziehung bemerkt Cicero: Nempe in ea causa quaesitum est de iure

ciuili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim? Es wird demnach das neue Testament die Klausel enthalten haben: ceterique omnes exheredes sunto. Vgl. Hölder, Beiträge zur Gesch. des röm. Erbrts. S. 107. Das ließe eher an die Möglichkeit denken, daß ein anderes Kind zum Erben eingesetzt wäre.

Die Centumviri entscheiden nach Valerius zugunsten des tot Geglaubten: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.

Damit ist der Satz aufgestellt: ein Haussohn muß namentlich enterbt werden. Es macht sich hier schon geltend der Gesichtspunkt, den Paulus fr. 19 de lib. et post. 28, 2 in die Worte faßt: exheredationes autem non essent adiuuandae. Bisher wird eine allgemeine Enterbungsklausel genügt haben. Dem enspräche, was II, 123 wohl die ursprüngliche Fassung war: ut eum uel heredem instituat uel exheredet. Später ist dann nominatim vor exheredet eingeschoben.

Ist ein Haussohn weder zum Erben eingesetzt noch enterbt, so tritt Intestaterbfolge ein. Es heißt vom Testator: inutiliter testabitur.

Die Unwirksamkeit des Testamentes nahmen die Sabinianer selbst dann an, wenn der übergangene Haussohn vor dem Vater gestorben war. Die Prokulejaner verteidigten die Wirksamkeit eines solchen Testamentes. Für die Ansicht der Sabinianer spricht sich Paulus aus fr. 7 de lib. et post. 28, 2; und diese Ansicht billigt auch Justinian I. I. II, 13 pr.

Sind sonstige Abkömmlinge, abgesehen vom Haussohne, übergangen, so macht sich ein eigenartiges Anwachsungsrecht geltend: den eingesetzten sui entziehen sie einen Kopfteil, den eingesetzten Fremden die Hälfte. Es handelt sich hier, wie bei der namentlichen Enterbung bloß des Haussohnes, um sehr positive Festsetzungen, die wohl ebenfalls der Praxis des Centumviralgerichts entstammen werden, die sich vielleicht dabei an das gehalten haben wird, was häufig in Testamenten römi-

scher Bürger angeordnet wurde. Vgl. Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 891.

Nachgeborene Kinder konnten ursprünglich weder zu Erben eingesetzt noch enterbt werden, stießen aber gleichwohl ein Testament um, in dem sie übergangen waren.

Von dieser Auffassung war man aber schon zu Ciceros Zeiten in einem Falle abgewichen, worüber Ulpian 22, 19 in folgender Weise berichtet: Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure ciuili.

Beim ius ciuile werden wir wohl wieder an die Praxis zu denken haben, wie sie sich beim Centumviralgerichte entwickelt haben könnte.

Die Worte si nati sui heredes nobis futuri sunt umfassen auch die Enkel, wenn der Sohn schon zur Zeit der Testamentserrichtung weggefallen war.

Andererseits folgt aus dem qui in utero sunt, daß der Sohn, Enkel usw. schon zur Zeit der Testamentserrichtung empfangen sein mußte. Später hat man hieran freilich nicht mehr festgehalten: vgl. Iauolen fr. 5; Tryph. fr. 28 § 3; Paul. fr. 27; Ulp. fr. 4 de lib. et post. 28, 2.

Ferner wird hier nur eine Einsetzung erwähnt. Später war auch Enterbung gestattet: Ulp. fr. 3 pr. de ini. rupt. 28, 3.

Die weitere Entwicklung betr. Einsetzung bzw. Enterbung Nachgeborener, und was man dazu rechnete, wird uns später zu II. 130—134 noch näher beschäftigen müssen: siehe unten Erkl. 25.

22. Bonorum possessio contra tabulas. II, 125. 126.

In den §§ 125. 126 begegnen wir zum ersten Male dem Prätor mit der b. p. c. t., und zwar mitten im Zivilrecht; mit dem Prätor wird dann erst eingesetzt II, 129 und mit der b. p. c. t. im übrigen erst II, 135 begonnen. Das dürfte

der Vermutung auf spätere Einschiebung, die ich schon ausgesprochen habe S. 16 Anm. 6, weiteren Anhalt gewähren.

1. Die b. p. c. t. wurde übergangenen liberi gewährt.

Cicero kennt dieselbe noch nicht. Zwar weist das potissimum bei Cic. in Verr. II, 1, 45 § 117 darauf hin: daß der Prätor, wo es ihm gut schien, auch zugunsten übergangener liberi eingegriffen haben wird: vgl. Erkl. 19 unter 5c. Aber zu festen Grundsätzen war man über diesen Punkt damals noch nicht gelangt.

Dem Labeo ist die b. p. c. t. bereits bekannt. Ulp. fr. 8 § 11 de b. p. c. t. 37, 4: In adoptionem datos filios non summoueri praetor uoluit .. et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt.

Die b. p. c. t. tritt jetzt an die Spitze und verdrängt die b. p. s. t. von der ersten Stelle. Vgl. Lenel, Ed.² S. 331.

2. Wo wir den Anfangspunkt dieser Entwicklung zu suchen haben, ist eine Streitfrage.

Leist, Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 1 S. 78 und Forts. Bd. 3 S. 108 denkt dabei an die Anwachsungserben. Der Prätor ging darauf aus, das Recht dieser Erben zu verbessern; hierin hätten wir den Ursprung der wahren b. p. c. t. zu finden.

Leist stützt seine Beweisführung auf folgendes Beispiel. 'Es wird doch wohl einem römischen Prätor kaum erträglich gewesen sein, z. B. einen emanzipierten Enkel, rescissa eius capitis diminutione, als suus zu behandeln und ihm demgemäß ein Recht in totam hereditatem durch die b. p. c. t. zu einer Zeit zu gewähren, wo er dem nichtemanzipierten Enkel dieses Recht in totam hereditatem noch nicht gegeben hätte'.

Da indessen das rescissa capitis deminutione nicht einmal vollständig auf die Anwachsungserben paßt, und näherer Erläuterung bedarf — siehe darüber unten S. 218. 219 — haben wir vielmehr den Anfangspunkt für den liber auf einem anderen Gebiete zu suchen, wo wir die Fiktion rescissa capitis deminutione besser gebrauchen können. Und dieses andere Gebiet kann nur sein die b. p. unde liberi, die wir demnach als einen

Vorläufer der b. p. c. t. werden zu betrachten haben; wo vermutlich das emanzipierte Kind den Ausgangspunkt bildete: vgl. I. I. III, 1 § 9. Gegen Leist hat sich bereits ausgesprochen Schröder Noterbenrecht S. 116 flg., ebenso andere dort angeführte Schriftsteller. Anlangeud das zeitliche Verhältnis zwischen b. p. c. t. und b. p. intestati, so neigt Schröder mehr der Ansicht zu: 'daß beide gleichzeitig begründet worden sind'.

3. Die älteste Spur der b. p. c. t. geht zurück auf Labeo. Es handelt sich in der betreffenden Stelle um solche, die an Kindesstatt hingegeben sind. Von diesen wird gesagt: non summoueri praetor uoluit; und als Grund wird angeführt: nec enim in totum extranei sunt. Also schon zu Augustus' Zeiten enthielt das prätorische Edikt den Satz: daß die extranei von den liberi ganz ausgeschlossen werden, diese mithin sich nicht mit der Hälfte begnügen müssen. Diesen Satz könnte demnach das Edikt des Prätors von Anfang an enthalten haben.

4. Manches ist hier freilich unsicher. Das beruht auf der Beschaffenheit unserer Quellen. Daß insonderheit in dem Digestentitel de b. p. c. t. Streichungen und Aenderungen vorgenommen sind, steht außer Zweifel. Dahin hat sich bereits Leist Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 1 S. 85 ausgesprochen. Ob im einzelnen Leist überall das Richtige getroffen hat, mag dahingestellt bleiben. Wir vermissen vor allen Dingen eine nähere Darstellung über das Verhältnis von zivilem und prätorischem Recht. In dieser Beziehung wäre zu beachten Iul. fr. 13 pr. de b. p, c. t. 37, 4; siehe darüber unten Erkl. 34 unter II. Daß der Prätor zunächst mit seinem Edikt im allgemeinen den Sieg davongetragen, darüber belehrt uns das utebamur II, 126.

23. Das Reskript des Kaisers Antoninus Caracalla. II, 126.

Sind abgesehen vom Haussohn, sonstige Abkömmlinge übergangen, so machte sich nach altem Zivilrecht ein eigenartiges

Anwachsungsrecht geltend: eingesetzten sui entziehen die Uebergangenen einen Kopfteil, eingesetzten Fremden die Hälfte.

Demgegenüber stellte der Prätor in seinem Edikte den Satz auf: ich gewähre den Uebergangenen die b. p. c. t., so daß sie die Fremden ganz ausschließen.

Ein Antoninisches Reskript bestimmte aber: Frauen, also Töchter und Enkelinnen, sollen auf dem Wege der b. p. nicht mehr erhalten, als ihnen nach altem Zivilrecht zukam.

Was hiernach für die gewaltunterworfenen Frauen angeordnet war, wurde auch auf die emanzipierten übertragen.

An welchen Antonin haben wir dabei zu denken? Darüber besitzen wir eine ganz bestimmte Nachricht. Es heißt c. 4 § 1 de lib. praet. 6, 28 vom Jahre 531: filia . . ex praetore autem habebat contra tabulas bonorum possessionem in totum, constitutio autem Magni Antonini eam in tantum coartabat, in quantum ius adcrescendi competebat.

Darnach hätten wir Caracalla als Urheber des Reskriptes zu betrachten.

Und dieses Zeugnis ist keineswegs gering zu veranschlagen. Fitting Alter[1] S. 24 bemerkt in dieser Beziehung: 'Gewiß ist es aber mißlich anzunehmen, daß Tribonian (er wird in der Stelle ausdrücklich genannt), dem alle Quellen noch zu Gebote standen, in einem Irrtum über den eigentlichen Urheber jener Verordnung gewesen sein sollte'. Das möchte ich auch behaupten.

Auf Grund dieser Mißlichkeit nimmt nun Fitting eine Textänderung vor, indem er Magni in Marci verwandelt. Diese Ansicht hat Fitting, Alter[2] S. 56 Anm. g wieder aufgegeben, und zeiht jetzt Tribonian, was ihm früher mißlich schien, doch eines Irrtums.

Ich habe schon Vac. Poss. S. 462 darauf hingewiesen, daß uns hier ein späterer Zusatz überliefert sei. Dagegen haben sich erklärt Ferrini und Schneider. Der Hauptgrund von Ferrini: er halte an dem Glauben fest, daß wir

14*

in der Veroneser Handschrift die wirklichen Institutionen des Gajus vor uns hätten. Hiergegen ist wiederum meinerseits, Präskriptio S. 14 eingewandt: daß sich in dieser Handschrift nachgajanische Glossen befänden, sei ausgemacht. Ich berief mich dabei auf Studemund, Polenaar, Mommsen, Ad. Schmidt, Eisele.

Früher wurde das Reskript bald dem Marc Aurel bald dem Antoninus Pius zugeschrieben. Jetzt scheint der letztere den Sieg davongetragen zu haben.

Sachliche Gründe, weshalb wir die Urheberschaft Caracallas fernzuhalten hätten, sind meines Wissens kaum vorgebracht. Daß die Antonine mitunter verwechselt wurden, worauf sich neuerdings wieder Samters Z. R.G. Bd. 46 S. 487 beruft, ist richtig. Daraus folgt aber nicht notwendig für unsere Stelle dasselbe. Andererseits dürften für nachträgliche Einschiebung der beiden §§ 125. 126 auch sonstige Anzeichen vorhanden sein. So mag es denn gestattet sein, einmal einen Blick auf die allgemeinen Zeitverhältnisse zu werfen.

Wir haben es zu tun mit einer Beschränkung des Frauenerbrechts. Schon zu den Zeiten der Republik verfolgte diese Richtung die lex Voconia vom Jahre 585/169.

Die lex Iulia et Papia Poppaea soll nach Kahn, Zur Gesch. des röm. Frauenerbrechtes S. 73 flg. eine Zurücksetzung der Frauen nicht enthalten. So möchte man denn auch den Gegensatz, der zwischen b. p. c. t. und altem Zivilrecht besteht, auf eine Begünstigung der Frauen zurückführen wollen. Dabei wäre indes zu bedenken, daß dieser Gegensatz sich nicht beschränkte auf Frauen, sondern auch die männlichen Enkel ergriff.

Andererseits bezieht sich das Antoninsche Reskript nur auf die Frauen. Und so entsteht denn die Frage: entspricht diese Hintenanstellung dem Zeitalter Caracallas?

In dieser Hinsicht kann ich nur verweisen auf die Ausführungen bei v. Woeß das röm. Erbrt. S. 107 flg. Hier wird näher eingegangen auf die Wirkungen der constitutio

Antoniniana vom Jahre 212 und S. 108 folgender Satz an die Spitze gestellt: 'Durch die Einbeziehung der Griechen mußte der Zwiespalt zwischen Erbrecht und Sitte, den die klassische Zeit gemildert hatte, vertieft und die dem Töchtererbrecht feindliche Testierrichtung wieder verstärkt werden'.

Dieser Zeitströmung würde sich jedenfalls sehr gut anpassen das Antoninische Reskript, welches bestimmte: daß Frauen durch die b. p. c. t. nicht mehr erlangen sollten, als was ihnen das zivile Anwachsungsrecht gewährt hatte.

24. Die ursprüngliche Stelle der Enterbung. II, 127—129.

Für das Noterbenrecht, mit welchem der § 123 einsetzt, kommt nicht bloß die Erbeseinsetzung sondern auch die Enterbung in Betracht.

Die alte Gliederung war folgende.

Von der Form der Erbeseinsetzung war bereits gehandelt § 117. Es werden daher in den §§ 123—124 gleich die Wirkungen ins Auge gefaßt, welche das Uebergehen von sui nach Zivilrecht mit sich brachte. Ein Uebergehen des Haussohnes hatte Ungültigkeit des Testamentes zur Folge. Das Uebergehen anderer sui erzeugte ein eigenartiges Anwachsungsrecht.

In den §§ 127—129 ist dann von der Enterbung die Rede. Die §§ 127. 128 beschäftigen sich mit dem Zivilrecht, der § 129 bringt das prätorische Recht.

Der § 127 folgte einmal unmittelbar auf den § 124, während die §§ 125. 126, welche die b. p. c. t. schon vorwegnehmen, sich darstellen als eine unliebsame Unterbrechung der ursprünglichen Anordnung.

25. Postumi. II, 130—134.

Postumus ist Superlativ von pos; eine ähnliche Bildung wie extimus von extra, intimus von intra, ultimus von ultra. Die Zusammenbringung dieses Wortes mit humus und die Schreibung posthumus ist nichts weiter als Volksetymologie.

Vgl. Neue-Wagener Bd. 2³ S. 193; Stolz Hist. Gr. Bd. 1 S. 495. Schon Cuiacius Obs. 3, 4 bemerkt ganz richtig: postumus non dicitur, quod natus sit post humatum patrem.

Postumus ist an sich der Nachgeborene, auch nicht gerade der nach dem Tode des Vaters Geborene. Aber die Rechtssprache hat allerdings von diesem ihren Ausgang genommen: **Ulp. fr. 3 § 1 de rupto 28, 3.**

Die Erbfolge solcher Nachgeborenen hat Schwierigkeiten bereitet. Von Haus aus freilich mehr auf dem Gebiete des Zivilrechts als beim Prätor. Denn die älteste bonorum possessio, von der wir Kunde haben, wurde gerade einem Nachgeborenen erteilt: noch dazu einem Kinde, das erste nach dreizehn Monaten das Licht der Welt erblickt haben sollte. Siehe oben Erkl. 19 unter 5b.

I. Ich wende mich zunächst dem Zivilrechte zu. Man ist hier nur schrittweise vorgegangen.

1. Die Stufen der Entwicklung waren die nachstehenden.

a) Zuerst wurde es gestattet, sein Kind für den Fall zum Erben einzusetzen, wenn es nach dem Tode des Testators geboren werden sollte. Ulp. 22, 19: Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure ciuili. Bei dem ius ciuile werden wir vor allem zu denken haben an die Praxis der Hundertmänner: siehe oben Erkl. 21 a. E.

b) Wie das nachgeborene Kind sind dann auch behandelt Enkelkinder, wenn der Sohn zur Zeit der Testamentserrichtung schon weggefallen war. Die Ulpiansche Stelle ist so gefaßt, daß sie diesen Fall mitbegreift; er gehört aber bereits der republikanischen Zeit an.

c) Denn in Anlehnung an die genannten beiden Fälle führte Gallus Aquilius eine Formel ein, welche es ermöglichte, einen Enkel auch für den Fall einzusetzen, wenn der Sohn zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebte, aber bei Lebzeiten

des Testators verstarb, und dann nach beider Tode der Enkel geboren wurde. Scaeu. fr. 29 pr. de lib. et post. 28, 2.

d) Weiter erfuhren Berücksichtigung nach der Testamentserrichtung aber noch bei Lebzeiten des Testators Geborene bzw. bei der Testamentserrichtung Lebende, qui postumorum loco sunt, durch die lex Iunia Vellaea, vom Jahre 28 n. Chr. oder vielleicht aus dem Jahre 779/26, siehe darüber Girard-v. Mayr S. 932.

α) Nach dem ersten Kapitel dieses Gesetzes war es möglich: auch solche Abkömmlinge zu Erben einzusetzen, bzw. zu enterben, welche erst nach Errichtung des Testamentes, aber noch bei Lebzeiten des Testators geboren wurden, wenn sie nur gleich mit der Geburt sui waren. Scaeu. fr. 29 §§ 12. 15 de lib. et post. 28, 2. Hierauf könnte sich bezogen haben der § 132[a], von dem uns freilich nicht viel erhalten ist.

β) Das zweite Kapitel erstreckte sich auf solche Abkömmlinge, welche zur Zeit der Testamentserrichtung zwar schon geboren, aber noch keine sui waren, weil noch eine oder mehrere andere Personen in der Mitte standen. Scaeu. fr. 29 §§ 13—15 de lib. et post. 28, 2. Hierauf beziehen sich die §§ 133. 134.

e) Die weitere Entwicklung wird von Gajus nicht mehr berührt. Siehe darüber Vangerow Pand. Bd. 2[7] S. 227 flg.; Schröder Noterbenrt. S. 58 flg.

2. Ich wende mich jetzt zu der Form des Gedenkens.

a) In den §§ 130. 131 ist sowohl das nominatim wie das ideo der HS. zu halten. Wir haben hier den Rechtszustand vor uns, wie ihn die Vorlage des Gajus schilderte.

Die nachgeborenen Abkömmlinge müssen entweder namentlich zu Erben eingesetzt oder enterbt werden. Unter 'namentlich' ist aber nicht zu verstehen, daß der Betreffende mit Namen genannt wurde; es genügt deutliche Bezeichnung des Einzelnen: vgl. Francke Rt. der Noterben S. 60 flg.

Beim suus hatte sich der Satz entwickelt: ein Haussohn muß zum Erben eingesetzt oder namentlich enterbt werden; ist das nicht geschehen, so liegt Unwirksamkeit des Testamentes

vor. Sind sonstige Abkömmlinge übergangen, so macht sich ein eigenartiges Anwachsungsrecht geltend. Siehe Erkl. 21 a. E.

Bei den Nachgeborenen kennt der § 130 eine solche Unterscheidung nicht: alle müssen namentlich zu Erben eingesetzt bzw. enterbt werden. Das nominatim ist hier mit auf das institui zu beziehen. Daran darf man keinen Anstoß nehmen. Das nominatim ist freilich bei der Erbeinsetzung schon von selber gegeben: der Erbe muß deutlich bezeichnet sein. Darum ist die Hinzufügung aber nicht unrichtig, zumal das exheredari mitumfaßt wird.

Alle Nachgeborenen werden in bezug auf diese Voraussetzung in gleicher Weise behandelt. Deshalb ist auch im übrigen ihre Lage eine gleiche: et ideo par omnium condicio est. Es wird nicht unterschieden zwischen einer Unwirksamkeit und einem Anwachsungsrecht; vielmehr tritt überall die gleiche Wirkung ein, wenn die betreffende Voraussetzung nicht gegeben: das Testament wird umgeworfen.

I. I. II, 13 § 1 ist nominatim gestrichen und ideo verwandelt in in eo, weil man gleich den späteren Rechtszustand zur Darstellung bringen wollte. Gajus hingegen läßt zunächst in den §§ 130. 131 seine Vorlage sprechen und schildert dann in den §§ 132—134 das neuere Recht.

b) Nach neuerem Rechte wurde allerdings unterschieden zwischen männlichen und weiblichen Abkömmlingen. Bei weiblichen Abkömmlingen genügt allgemeine Enterbung, wenn nur die Betreffende mit einem Legate bedacht war. Und zwar legt der § 134 nahe, den Ursprung bzw. Feststellung dieses Satzes der lex Iunia Vellaea zuzuschreiben.

Es wäre möglich: daß der exheredationis modus des § 134 sich zunächst beschränkt hätte auf die von der lex Iunia Vellaea neu berücksichtigten Fälle, und daß die Ausdehnung auf sonstige Fälle, wie sie der § 132 aufzeigt, erst später erfolgt wäre.

Ferner verfuhr der Prätor nach II, 129 ebenso bei seinen liberi. Da entsteht nun die Frage: verfuhr der Prätor so

unter dem Einfluß der lex Iunia Vellaea, oder lehnte sich dieses Gesetz vielmehr dem Edikte des Prätors an?

Dann mag noch erwähnt werden: daß das S.C. Largianum vom Jahre 42 n. Chr., wie III, 63 angibt, nur namentliche Enterbung berücksichtigte.

II. Das Juliansche Edikt scheint sich um die postumi gar nicht gekümmert zu haben. Vgl. Ulp. fr. 1 § 2 de b. p. c. t. 37, 4 und dazu Lenel Ed.[2] S. 332. Allerdings sagt der Scholiast 1 zu Bas. 39, 1 cap. 6 pr.: εἰ δὲ καὶ ποστοῦμος πραετέριτος καταλειφθῇ, καὶ τούτῳ δίδωμι τὴν κόντρα ταβούλας τεχθέντι. Darin haben wir vielleicht einen späteren Zusatz zu erblicken. Vgl. Rtsg. Gajus S. 128. Jedenfalls darf man sich über dieses Scholion mit Lenel nicht ohne weiteres hinwegsetzen. Zumal dasselbe Scholion von Lenel Ed.[2] § 161a S. 347 selber benutzt wird. Albrandi opp. Bd. 1 S. 77. 135 hält die Ulpianstelle für interpoliert, dagegen mit Recht Moriaud Simple famille paternelle Bd. 1 S. 151.

Nach Leist Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 1 S. 73 war die dem übergangenen Nachgeborenen erteilte b. p. c. t. nur eine nominelle, 'die ganz das Wesen der Intestatsukzession beibehält'. Leist beruft sich hierfür namentlich auf Pap. fr. 84 de adqu. uel om. her. 29, 2 und Paul. fr. 4 § 3 de b. p. c. t. 37, 4.

Das decreto in der ersteren Stelle bringt Leist mit der b. p. in Verbindung und schließt auf eine b. p. decretalis. Damit hätten wir eine Ergänzung zur der Auffassung von Lenel.

Von anderer Beschaffenheit war auch nicht die b. p. des Prätors L. Papirius bei Plin n. h. 7, 5 § 40. Dies ergibt schon der Umstand, daß sie während eines Prozesses erteilt wurde: secundo herede lege agente.

Aber ganz ohne Wirkungen dürfte diese b. p. schwerlich gewesen sein. Zum mindesten wird auch einem solchen bono-

rum possessor das Quorum bonorum nicht versagt worden sein auf Grund von IV, 144: Adipiscendae possessionis causa interdictum accomodatur bonorum possessori.

26. Das Edikt betreffend die bonorum possessio contra tabulas. II, 135—137.

Die Vorlage des Gajus hat sich mit der Enterbung der liberi bereits beschäftigt II, 129. Angelehnt worden sind die postumi, bei denen eine ältere und eine jüngere Rechtsbildung zu unterscheiden war. Das prätorische Edikt enthielt in dieser Beziehung keine Bestimmung. Im § 135 wird dann Stellung genommen zum Edikte der b. p. c. t.

I. Der Anfang dieses Ediktes, wie es Gajus vor Augen hatte, könnte etwa so gelautet haben.

Omnes liberos, qui in potestate patris sunt, et mancipatos, si in aliena familia non erunt, tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubeo.

Omnes uirilis sexus liberorum personas, id est nepotes quoque et pronepotes, nominatim exheredari iubeo; feminini uel nominatim uel inter ceteros, dum tamen, si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur.

Quodsi neque heredes instituti fuerint neque ita exheredati, contra tabulas bonorum possessionem eis dabo, rescissa capitis deminutione eo iure eoque ordine quo uocantur ad successionem ex iure ciuili.

Nähere Erläuterung erfordert vor allen Dingen der erste Satz.

Für qui in potestate patris sunt spricht § 135 a, wo das Gegenteil In potestate patris non sunt erläutert wird.

Mancipatos haben wir § 135, es kehrt auch wieder bei Ulp. 22, 23. Darunter dürften aber nicht bloß die sofort Emanzipierten, sondern ebenso die in Adoption Gegebenen nach ihrer Emanzipation zu verstehen sein. Hierfür spricht der Zusatz si in aliena familia non erunt bezw. fuerint, den auch Lenel

und Alibrandi S. 135 für ediktal halten. Ferner weist uns darauf hin die Erläuterung im § 137.

Das tam feminini quam masculini sexus treffen wir an § 135.

Diesem § 135 ist ebenso zu entnehmen: si heredes non instituantur. Die Erbeseinsetzung war also gar nicht ausdrücklich angeordnet, wie auch Lenel bemerkt.

Der zweite Satz betrifft die Art und Weise der Enterbung. Damit beschäftigte sich der § 129, der freilich nur lückenhaft erhalten.

Der dritte Satz, welcher die b. p. c. t. verheißt, ist zu Anfang wieder entnommen dem § 135. Wegen des rescissa capitis deminutione verweise ich auf Paul. fr. 6 § 1 de b. p. 37, 1 und c. 9 C. Th. de bon. prosc. 9, 42; und wegen der mit eo iure beginnenden Anfügung auf Ulp. fr. 1 § 1 de b. p. c. t. 37, 4. Ich nehme aber insonderheit für diese beiden Zusätze nur sachliche Richtigkeit in Anspruch. Den Wortlaut des Ediktes noch feststellen zu wollen, dürfte auf Grund unserer jetzigen Quellen kaum möglich sein. Jedenfalls gehen die Ansichten von Lenel und Moriaud S. 147 hier auseinander.

Nach Lenel und Alibrandi S. 135 sollen ferner die Worte qui institui heredes iure non possunt ediktal gewesen sein. Vielleicht enthielt sie das Juliansche Edikt. Gajus bietet in dieser Beziehung keine Anhaltspunkte dar.

Auf den Ausdruck mancipatos, den wir bei Gajus und Ulpian antreffen, ist Lenel nicht näher eingegangen, ebensowenig Alibrandi und Moriaud. Der Ausdruck liberi allein, womit sich Alibrandi begnügt, reicht jedenfalls nicht. Die Kompilatoren konnten begreiflicherweise die mancipati nicht gebrauchen und werden hier gestrichen bezw. geändert haben. So sind vielleicht auch bei der b. p. unde liberi die capite minuti des Paulus in fr. 4 si tab. 38, 6 an die Stelle von mancipati getreten.

Moriaud S. 144 flg. hält dann noch eine Fiktion für nötig hinsichtlich der agnatischen liberi, etwa in der Fassung

qui mortis tempore intestato (patre mortuo) sui heredes essent. Sollte dem aber nicht einigermaßen im Wege stehen, daß ziviles und prätorisches Intestaterbrecht auseinandergehen konnten, wie uns dies deutlich entgegentritt beim Edikte de coniungendis cum emancipato liberis eius?

II. Sui und liberi stehen sich im Noterbenrecht in dieser Weise einander gegenüber.

Sui sind diejenigen, welche sich beim Ableben des Vaters, Großvaters usw. in dessen unmittelbarer Gewalt befanden.

Weder sui noch liberi sind diejenigen Kinder, welche zugleich mit dem Vater das römische Bürgerrecht zum Geschenk erhielten, wenn dem Vater nicht dazu die väterliche Gewalt verliehen wurde.

Liberi ist der weitere Begriff. Er umfaßt einmal die sui, dann aber auch die emancipati.

Eine nähere Betrachtung erfordert das in Adoption gegebene Kind. Dasselbe tritt mit der Adoption aus der Gewalt des leiblichen Vaters und hört damit auf dessen suus zu sein. Andererseits nimmt es dem Adoptivvater gegenüber die Stelle eines natürlichen Kindes ein.

1. Wie nun, wenn der Adoptivvater dieses Kindes emanzipiert? Dann soll dieses Kind dem Adoptivvater gegenüber weder als suus nach Zivilrecht, noch als liber nach prätorischem Rechte in Gemäßheit von § 136 in Betracht kommen.

Von selbst versteht sich das letztere keineswegs. Wir werden diese Behandlung des gewesenen Adoptivkindes demnach auf eine positive Bestimmung des Ediktes zurückführen müssen. In dieser Beziehung kommt eine Stelle in Betracht, die bereits Erkl. 22 unter 1 und 3 für den Ursprung der b. p. c. t. herangezogen wurde, und mit der ich mich hier etwas näher beschäftigen muß.

Es handelt sich um Ulp. fr. 8 § 11 de b. p. c. t. 37, 4: In adoptionem datos filios non summoueri praetor uoluit, modo heredes instituti sint, et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt.

Hier ist zunächst als späteres Einschiebsel auszuschalten der Satz modo heredes instituti sint. Einmal ist modo statt si modo seltenes Latein: siehe Kalb, Wegweiser S. 123. Andererseits handelt es sich um eine Voraussetzung, die erst das Folgende bringt: ergo si fuerunt heredes scripti; die demnach, unpassend genug, im voraufgehenden schon vorweggenommen wurde.

Der Prätor wollte die in Adoption gegebenen Kinder nicht fern halten: nämlich ihrem pater naturalis, von dem vorher im § 10 die Rede war. Das billigt Labeo: denn ein solches Kind sei nicht ganz und gar ein extraneus. Es ist nur extraneus, solange die Adoption dauert; diese Eigenschaft hört auf mit der Emanzipation des Adoptivvaters. Dann tritt der Zustand ein, wie ihn uns Gajus schildert § 137: tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre fuissent (emancipati).

Also solche Adoptivkinder, welche der Adoptivvater emanzipierte, haben Anspruch auf die b. p. c. t., wenn der natürliche Vater sie im Testament überging.

Das Edikt mag etwa gelautet haben: In adoptionem dati liberi, si emancipati fuerint ab adoptiuo patre, in ea causa esse incipiant, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre fuissent.

Man möchte fragen: warum sind die Adoptivkinder bloß für die Dauer der Adoption den natürlichen gleich behandelt worden, nicht auch nach Aufhebung der Adoption? Mit anderen Worten: warum ist den Adoptivkindern die b. p. c. t. nicht gegen den Adoptivvater, der sie emanzipierte, gewährt worden? Labeo behauptet sogar, der Prätor habe iustissime gehandelt.

In dieser Beziehung ist zu erwägen, daß es dann einem Vater sehr bequem gemacht wäre, das ganze Noterbenrecht zu umgehen. Er hätte nur einem armen Schlucker sein Kind in Adoption zu geben brauchen, damit er es emanzipiere.

Freilich ist das Noterbenrecht rein formeller Natur, da es dem Vater ja frei stand, sein Kind zu enterben. Aber ein

reicher Mann, der sich vielleicht nichts daraus gemacht hätte, ein Kind stillschweigend zu übergehen, mochte doch Scheu tragen, es ausdrücklich zu enterben.

Ausreichender Schutz war freilich einem in Adoption gegebenen Kinde, das der natürliche Vater in seinem Testamente überging, auf diese Weise nicht gewährt. Wir sehen daher die Frage auftauchen, wie es sich mit dem Pflichtteile verhalte. Darüber berichtet Justinian c. 10 pr. de adopt. 8, 47: antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem; quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus uero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem uoluntate eius circumuentus, adoptiui propter egestatem, quam forte habebat.

Ferner hielt Justinian es nicht einmal für genügend, einem solchen Adoptivkinde, bloß nach der Emanzipation bei Lebzeiten des natürlichen Vaters, diesem gegenüber seine Rechte zu erhalten; er wollte dasselbe auch sicherstellen gegen eine Emanzipation nach dem Tode des natürlichen Vaters. Es sollten daher durch solche Hingabe in Adoption, sofern sie an eine fremde Person erfolgte, die Rechte gegen den natürlichen Vater überhaupt nicht untergehen. Es heißt in dieser Beziehung in der angeführten Stelle: sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolui, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus.

2. Die Emanzipation eines Adoptivkindes ist jetzt noch von einem anderen Gesichtspunkte aus zu betrachten: sie ist dem leiblichen Vater vielleicht deshalb erwünscht, weil er das in Adoption gegebene Kind in seinem Testamente zum Erben einsetzen möchte. Daß eine solche Erbeseinsetzung nicht dem Adoptivvater zugute kommen soll, wird man voraussetzen dürfen. In dieser Beziehung könnte sich eine bedingte Erbeseinsetzung

nützlich erweisen: vgl. Paul. fr. 11 pr. de b. p. c. t. 37, 4. Namentlich in der Fassung si patria potestate liberatus esset, wie sie uns entgegentritt bei Jauolenus fr. 107 de uerb. obl. 45, 1. Unter Umständen kann sich eine solche Bedingung auch der Mutter dem leiblichen Vater gegenüber als nützlich erweisen: vgl. c. 25 de inoff. test. 3, 28 vom J. 301. Also erwartet ein solcher Testator, daß der Adoptivvater emanzipiere. Geradeswegs wird sich ein solches Ziel durch ein pactum fiduciae ut emancipetur haben erreichen lassen. Ganz richtig betrachtet Bergmann, Beiträge zum römischen Adoptionsrecht S. 146 eine derartige Adoption als 'eine interimistische Lage'.

Als Hauptstelle kommt für dieses Verhältnis in Betracht Ulp. fr. 10 §§ 1—3 de b. p. c. t. 37, 4, mit welcher Stelle sich Bergmann S. 60 flg. eingehend beschäftigt hat.

Im § 1 heißt es zunächst: Si filius in adoptionem datus auo materno heres institutus sit a patre naturali, commisso per alium edicto magis est, ut bonorum possessionem accipere possit: nec enim exigimus, ut adeat hereditatem, sed sufficit, ut ei delata sit adquirique possit.

Das auo materno ist vielfach als Interpolation betrachtet. So bemerkt z. B. Mühlenbruch, Forts. Bd. 37 S. 61 Anm. 54: 'denn nach dem früheren Rechte war es ja durchaus gleichgültig, ob einem mütterlichen Ascendenten oder einem Extraneus das Kind in Adoption gegeben wurde'. Bergmann erhebt Bedenken gegen diese Annahme, und vielleicht mit Recht.

Jedenfalls wird ein Vater, der durch Hingabe seines Kindes in Adoption nicht gehindert sein wollte, dieses sein Kind zum Erben einzusetzen, darauf Bedacht genommen haben: eine Person auszusuchen, auf die er sich verlassen konnte, daß dieselbe nach seinem Tode die Emanzipation gleich vornähme. Welche Person sollte dazu wohl geeigneter gewesen sein, als der mütterliche Großvater? Und wenn Justinian in c. 10 § 1 a de adopt. 8, 47 für diesen Fall die alten Wirkungen der Adoption beibehielt, so beruht das nicht auf reiner Willkür;

die Erfahrung wird vielmehr gelehrt haben, daß die Adoption von seiten eines mütterlichen Großvaters dem adoptierten Kinde keinerlei Nachteile zu bringen pflege. Vgl. Girard-v. Mayr S. 201. Der auus maternus wird also schon vorher bei der Adoption eine Rolle gespielt haben.

Andererseits ist klar, daß vor nec enim etwas ausgefallen sein muß. Moriaud S. 177 hat schon vor commisso ergänzt: eumque pater adoptiuus hereditatem adire (cernere?) uetuerit. Der Gedanke reicht nicht hin. Denn wenn der Adoptivvater die Antretung auch befohlen hätte, so würde immer ihm die Erbschaft erworben. Wir brauchen aber eine Sachlage, die dem Sohne den Erwerb der Erbschaft möglich macht.

Also wäre vor nec enim etwa einzuschieben: quamuis emancipatus non sit. Der Adoptivsohn kann die b. p. c. t. bereits erwerben, obwohl er noch gar nicht emanzipiert ist. Es genügt, daß ihm die Erbschaft angetragen und für ihn die Möglichkeit eines Erwerbes gegeben ist. An der letzteren Möglichkeit — so können wir die Begründung Ulpians fortsetzen — ist um so weniger zu zweifeln, da wir es ja mit einem mütterlichen Großvater zu tun haben, welcher anlangend die Emanzipation schwerlich Schwierigkeiten bereiten wird.

Und selbst wenn auf Geheiß des Adoptivvaters der Erbschaftsantritt vor der Emanzipation erfolgt wäre, soll es damit nach § 2 so genau nicht genommen werden. Der nachträglich emanzipierte Adoptivsohn kann trotzdem b. p. und Erbschaft für sich erwerben: potest contra tabulas bonorum possessionem accipere hereditatemque ipse potius habebit, quam pater adoptiuus.

Bemerkenswert ist dabei nach § 3, daß der emanzipierte Adoptivsohn, obwohl er die Erbschaft angetreten hat, dennoch die b. p. c. t. erhält; während sonst, wer ein Legat oder eine testamentarisch ihm zugewiesene Erbschaft annimmt, von der b. p. c. t. zurückgewiesen wird.

Dies hängt damit zusammen, daß der Anspruch des Adoptivkindes auf die b. p. c. t. lediglich auf der Erbesein-

setzung beruhte. Denn da die Emanzipation erst nach dem Tode des leiblichen Vaters erfolgte, befand sich das adoptierte Kind beim Ableben des leiblichen Vaters noch in fremder Familie und war als solches ausgeschlossen, da die b. p. c. t. im allgemeinen nur erteilt wurde, si in aliena familia non erunt.

Als Gegenstand der b. p. c. t. will aber andererseits die testamentarisch zugewandte Erbschaft nicht recht passen. Man scheint hier wie bei andern liberi eine uirilis pars zugrunde gelegt zu haben, obwohl ein Intestaterbrecht weder nach prätorischem noch zivilem Erbrecht vorhanden war. Vgl. Ulp. fr. 14 § 8 a. E. de b. p. c. t. 37, 4. Als Ausgleichung wäre dann wohl die testamentarische Erbschaft zur Teilungsmasse einzuwerfen gewesen. Vgl. Gai. fr. 2 de dot. coll. 37, 7. Es entstehen hier vom Standpunkte des klassischen Rechtes aus viele schwierige Fragen, die sich nicht immer sicher beantworten lassen. Vgl. die Darstellung bei Bergmann S. 62 flg.

Wir sind hier angelangt bei der b. p. commisso per alium edicto. Auch den im Testamente eingesetzten Noterben wurde die b. p. c. t. angetragen, wenn ein anderer Noterbe übergangen war. Hierauf bezog sich ein dem Hauptedikte angehängter Zusatz, den wir uns auf Grund von Ulp. fr. 3 § 11 de b. p. c. t. etwa in dieser Weise vorstellen können:

Si quis ex liberis heres scriptus sit commisso per alium edicto et ipsi c. t. b. p. dabo.

In dieser Beziehung wurden die in Adoption gegebenen Kinder, während die Adoption noch fortbestand, schon ihrem leiblichen Vater gegenüber als Noterben behandelt. Das Edikt lautete etwa:

In adoptionem datis liberis si fuerunt heredes scripti commisso per alium edicto pro uirili parte b. p. c. t. dabo.

Diesen Fall des commissum per alium edictum hat Gajus noch nicht berücksichtigt. Der Zusatz gehört vielleicht

erst dem Julianschen Edikte an. Die Stellen im V. I. R. I, 820 unter committo stammen von Scävola, Ulpian, Paulus.

Wir hätten hier demnach wieder ein Beispiel vor uns, wo sich Gajus auf das vorjulianische Edikt beschränkte. Vgl. über die Frage im allgemeinen Der Rtsgel. Gajus S. 132 flg.

27. Nach Errichtung des Testamentes nicht durch Geburt entstandene Gewaltsverhältnisse.

II, 138—143.

Daß nach Errichtung des Testamentes nicht durch Geburt Gewaltsverhältnisse neu begründet wurden, konnte in verschiedener Weise sich ereignen.

1. Einmal durch Arrogation und Adoption im engern Sinne. Sodann durch eine Manus unter Ehegatten: vgl. darüber Bd. 1 Erkl. 34 S. 182. 183.

Durch Neubegründung eines solchen Verhältnisses wurde das Testament des neuen Gewaltinhabers umgeworfen: omnimodo testamentum eius rumpitur.

Dies konnte auch nicht verhindert werden durch Erbeseinsetzung. Später blieb eine Erbeseinsetzung bei Bestand: Scaeu. fr. 18 de ini. rupto 28, 3; Pap. fr. 23 § 1 de lib. et post. 28, 2. Vgl. Vangerow, Pand. Bd. 2[7] S. 228.

Vollends ausgeschlossen, meint Gajus, sei eine Enterbung. Vgl. Paul. fr. 132 pr. de uerb. obl. 45, 1: an et hic exigimus exheredationem uel emancipationem, res in extraneo ineptas?

2. Umgestoßen wird ein Testament ferner durch Entlassung eines Haussohnes aus dem ersten bezw. zweiten Manzipium: quia reuertitur in potestatem patriam. Der Satz könnte später nachgetragen sein, vielleicht aus Ulpian; vgl. noch Ulp. fr. 8 § 1 de ini. rupt. 20, 3.

An sich sind Zweifel geboten. Das reuerti in potestatem ließe sich auch beziehen auf eine Rückkehr in die tatsächliche Gewalt. I, 132 heißt es von der dritten Manzipation des Sohnes: desinit in potestate patris esse. Also, folgert

Danz, Gesch. d. röm. Rts. Bd. 1[2] S. 198, 'vor der dritten Manzipation hat der Vater noch die patria potestas'. Jedenfalls würde sich diese Auffassung besser anpassen den Worten des Zwölftafelrechtes, wo es IV, 2 heißt: si pater filium ter uenum duuit, filius a patre liber esto.

Es macht doch einen eigentümlichen Eindruck, daß dasselbe Rechtsgeschäft, nämlich Emanzipation bezw. Adoption, beim Sohne andere Wirkungen äußert wie bei der Tochter und dem Enkel. Man hätte mehr die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäftes in den Vordergrund stellen sollen. Wo die Kriegsgefangenschaft Schwierigkeiten bereitet, weiß man sich zu helfen: vgl. Bd. 1 S. 220. Hier dürfte man einem bloßen Scheinmanzipium gegenüber zu nachgiebig gewesen sein.

Vielleicht, daß in diesem Punkte nicht alle so gedacht haben wie Ulpian.

3. Die weitere Darstellung ist etwas ungelenk ausgefallen. Im § 142 werden zwei Fälle als der Vergangenheit angehörig hingestellt, von denen im § 143 der eine wieder ausgenommen ist.

Ich erkläre mir die Sache so. Das allgemeine Verhältnis, welches in Frage steht, wird in der Vorlage des Gajus noch als geltendes Recht behandelt sein. Gajus hat dann diesen § 142 umgearbeitet und das ganze Verhältnis zunächst der Vergangenheit überwiesen, dies aber auf Grund eines Hadrianschen Senatsbeschlusses im § 143 zum Teil wieder zurückgenommen.

Das allgemeine Verhältnis ist uns bereits I, 66—75 entgegengetreten. Ich habe mich mit demselben näher beschäftigt: Rtsgel. Gaj. S. 54 flg. sowie Bd. 1 Erkl. 20 S. 147 flg. Es handelt sich um die erroris probatio, deren Einfluß auf ein bestehendes Testament hier zur Erörterung gelangt.

Als älteste Fälle können wir die betrachten: wenn ein römischer Bürger eine Latinin oder Peregrinin aus Unwissenheit heiratet und mit dieser einen Sohn erzeugt. Dieser Sohn ist je nach dem Stande der Mutter entweder Latine oder

Peregrine. Er erlangt aber das römische Bürgerrecht, wenn der Grund des Irrtums als entschuldbar befunden worden, causa erroris probata; und damit gelangt der Sohn zugleich in die Gewalt des Vaters.

Ein solcher Sohn wirft nach alter Rechtsanschauung das Testament um.

Der § 142 hätte ursprünglich so gefaßt sein können:

Simile ius est in eius persona, cuius ex senatusconsulto causa erroris probatur, si ciuis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantium et filium procreauerit: nam siue uiuo patre causa probatur siue post mortem eius omni modo rumpit testamentum.

Bei dieser Fassung habe ich mich zunächst angelehnt dem § 67 des ersten Buches. Jedenfalls sind beachtenswert die sprachlichen Abweichungen zwischen I, 67 und II, 142.

In der römischen Vorlage geht vorauf die Latina, dem Provinzialjuristen Gajus steht die peregrina im allgemeinen näher. Ferner sind bei Gajus das quia und das zweimalige quasi zu beachten.

Ein solcher Sohn stieß einmal das Testament des Vaters um, mochte nun der Irrtum noch zu Lebzeiten des Vaters oder nach dessen Tode sich als ein entschuldbarer herausstellen.

Der Hadriansche Senatsbeschluß nimmt nun den Fall aus, wenn der Irrtum erst nach dem Tode des Vaters als entschuldbar befunden war. Aber es wird dann verlangt, daß der Vater den Sohn entweder zum Erben eingesetzt oder enterbt hatte.

28. Testamentum ruptum. II, 123. 131.

Unsern Ausgangspunkt für das testamentum ruptum haben wir zu nehmen von der Nachgeburt eines leiblichen Kindes.

Diesen Fall setzt Gajus in Beziehung zum Noterbenrecht, und dem entspricht die Darstellung in den heutigen Lehrbüchern.

Allein Begriff wie Sache reichen höher hinauf und sind älter als das Noterbenrecht.

Ein Noterbenrecht kann es doch nicht eher gegeben haben, als eine Erbeseinsetzung notwendig war. Dieser Satz tritt uns aber erst beim jüngern Manzipationstestament entgegen. Ein nachgeborenes Kind verschaffte sich indes seinen Platz schon dem alten Manzipationstestamente gegenüber.

Es hängt dies zusammen mit der beschränkten Testierfähigkeit des alten Rechtes.

Ein Testament konnte nur errichten, cui suus heres nec escit. Der II, 123 enthaltene Satz läßt sich für die alte Zeit in dieser Weise abkürzen: qui filium in potestate habet inutiliter testabitur. Wurde nun jemand ein Kind nach seinem Tode geboren, so war ja ein Kind da. Diesen Fall berücksichtigten schon die Zwölftafeln. Es heißt IV, 4: quoniam Xuiri in decem mensibus gigni hominem . . scripsissent. Hatte demnach ein solcher Vater bei Lebzeiten ein Testament errichtet, so vertrug sich dasselbe nicht mit dem Dasein eines Kindes, es wurde umgeworfen. Schon für die alte Zeit traf zu, wie III, 131 zu ergänzen ist: ualet quidem testamentum, sed postea adgnatione postumi siue postumae rumpitur.

29. Posteriore quoque testamento superius rumpitur. II, 144.

Ein neues Testament hebt ein früheres auf. Auch dieser Satz wird alt sein.

Nach Girard-von Mayr S. 878 soll freilich das ältere Manzipationstestament unwiderruflich gewesen und in seiner ursprünglichen Gestalt logischerweise die sofortige Enteignung dessen, der es errichtete, nach sich gezogen haben.

Ich halte mich zunächst an das endo mandatela der alten Formel: siehe II, 104. Damit ist die Widerruflichkeit dem Treuhänder gegenüber von selber gegeben: siehe Erkl. 6.

Was die Verfügung zugunsten Dritter anbetrifft, so kommt das ita do ita lego der alten Formel in Betracht. Es handelt

sich nicht um ein einfaches dare, sondern um ein dare, das seine nähere Bestimmung durch ein legare erhält. Legare hängt zusammen mit lex: vgl. Walde S. 330. Der Testator stellt sich hin wie einen Gesetzgeber. Und wie ein Gesetzgeber sein Gesetz, so kann auch ein Testator seine Verfügungen widerrufen.

Was den Uebergang des Eigentums anbetrifft, so hatte das do-lego-Legat quiritisches Eigentum in der Person des Testators zur Todeszeit zur Voraussetzung: II, 196. Ein Uebergang des Eigentums vor seinem Ableben war mithin ausgeschlossen.

30. Testamentum ruptum und inritum. II, 145. 146.

Ein Testament ist entweder gültig oder ungültig: iure factum uel ab initio non iure factum.

Das von Haus aus gültige Testament kann durch nachfolgende Ereignisse ungültig werden.

Für diese nachfolgende Ungültigkeit finden wir zunächst den Ausdruck rumpere gebraucht. Wir treffen ihn an bei der Geburt eines postumus: II, 131. 134. Ferner bei der quasi agnatio: II, 138. 141—143. Und diesem rumpere wird II, 144 auch unterstellt die Aufhebung eines Testamentes durch Errichtung eines neuen.

II, 145 wird angereiht die Aufhebung eines Testamentes durch capitis diminutio, und für diesen Fall die Bezeichnung inritum vorgeschlagen.

Der Vorschlag scheint erst auf Gajus zurückzugehen: dicemus. Dafür spricht ferner die weitläufige Auseinandersetzung. Wenn Tryphonin fr. 20 pr. de b. p. c. t. genau berichtet, wäre indes das testamentum per omnia irritum schon Julian bekannt gewesen, der also vielleicht vorarbeitete.

Inritum ist das Gegenteil von ratum. Ein testamentum ratum ist ein testamentum a iure probatum. Vgl. z. B. Trajan bei Flor. fr. 24 de test. mil. 29, 1 und andere V. I. R. V, 84 angeführte Stellen. Testamentum inritum ist mithin ein ziemlich allgemeiner Ausdruck. Man hätte

ebensogut auch die Testamente, quae rumpuntur, selbst die von Anfang an ungültigen so bezeichnen können. Andererseits wäre die Benennung rupta auch für die durch capitis diminutio hinfällig gewordenen Testamente zulässig gewesen.

Gajus ist mit seinem Vorschlage durchgedrungen und hat insofern einen systematischen Erfolg erreicht. Beweisend: das commodius erat des Nachgajaners; I. I. quibus modis testamenta infirmantur II, 17 § 5; D. de iniusto rupto irrito facto testamento 28, 3.

Der Dreigliederung non iure ciuili factum, ruptum, irritum begegnen wir auch bei Theoph. II, 17 § 5. Sie entspricht aber nicht genau der Darstellung bei Gajus, da von Theophilus alle drei Glieder nebeneinander geordnet sind. Nach Gajus haben wir zunächst die Haupteinteilung: iure factum und non iure factum; das iure factum kann dann wieder werden zu einem ruptum oder inritum.

Besondere Beachtung verdient Ulpian. Hier finden wir 23, 1 genaue Anlehnung an Gajus: Testamentum iure factum infirmatur duobus modis, si ruptum aut inritum factum sit. Dem rumpitur testamentum werden 23, 2. 3 eingereiht: das spätere Testament, die agnatio und quasiagnatio. Alles wie bei Gajus. Im § 4 ist als inritum testamentum hingestellt si testator capite deminutus fuerit: wie bei Gajus. Hinzugefügt ist: si iure facto testamento nemo extiterit heres. Diesen letzteren Fall hatte Gajus II, 144 a. E. zwar auch schon berührt, ohne ihn aber dem testamentum inritum unterzuordnen. Ein anderer Ausdruck hierfür ist testamentum destitutum oder desertum: §§ 7. 8 de her. quae ab int. III, 1.

Im übrigen ist die Uebereinstimmung zwischen Ulpian und Gajus so groß, daß man zu dem Schlusse gelangt: entweder hatte Ulpian den Gajus unmittelbar vor Augen, oder er schöpfte aus einem Schriftsteller, der dem Gajus gefolgt war. Die erstere Folgerung dürfte den Vorzug verdienen: vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 283 flg.

Aus Ulpians sonstigen Schriften kommen folgende Stellen in Betracht.

Lib. II ad ed. fr. 1 de exc. rei iud. 44, 2: licet ruptum uel irritum aut non iustum dicatur testamentum. Lib. L ad ed. fr. 2 § 1 test. quemadm. 29, 3: quae falsa sunt uel iniusta uel irrita uel rupta. Hier ist hinzugekommen die Gattung der falsa testamenta. Lib. VI ad Sab. fr. 2 § 1 de cond. ind. 12, 6: falsum uel inofficiosum uel irritum uel ruptum. Hier erscheint neben dem falsum noch das inofficiosum testamentum. Lib. VIII ad Sab. fr. 30 § 8 de adq. 29, 2: falsum testamentum uel irritum uel ruptum. Lib. X ad Sab. fr. 6 § 5 flg. de ini. rupt. irr. 28, 3. Hier wird das durch capitis deminutio hinfällig gewordene Testament irritum genannt. Lib. X ad Sab. fr. 7 ebenda. Hier bezeichnet gradus irritus die von einem Soldaten angeordnete, durch Zeitablauf ungültig gewordene Erbeseinsetzung. Lib. XII ad Sab. fr. 1 pr. de suis et leg. 38, 16: si eius hereditas adita non est uel ruptum uel irritum est testamentum. Lib. IV disp. fr. 12 pr. de ini. rupto irr. 28, 3: testamentum ruptum . . iniustum et irritum. Von einem Widerruf, den ein Soldat ohne neues Testament vornimmt, heißt es Lib. XLV ad ed. fr. 15 § 1 de test. mil. 29, 1: causa irriti facti iudicii potior existimabitur.

Demnach spaltet sich bei Ulpian das von Anfang an ungültige Testament in ein iniustum, falsum und inofficiosum. Das nachher ungültige ist entweder ruptum oder irritum. Dem irritum des Gajus sind sonstige Fälle hinzugefügt worden, insofern ist dessen Grundgedanke weiter entwickelt.

Papinian fr. 1 de ini. rupto 28, 3 unterscheidet beim sofort ungültigen Testamente: testamentum non iure factum und nullius momenti. Beim später ungültigen wird dem rumpitur ebenfalls das irritum gegenübergestellt. Aber das irritum entsteht in erster Linie non adita hereditate. Von diesem Falle wird auch zu verstehen sein fr. 50 pr. de manum.

test. 40, 4 und fr. 10 § 1 de diu. temp. praesc. 44. 3. Ferner ist fr. 4 de his quae 28, 4 die Vernichtung der Urkunde und in fr. 36 § 3 de test. mil. 29, 1 der Widerruf vom Standpunkte des irritum aus betrachtet. Endlich umfaßt das iritum die capitis deminutio: fr. 76 § 9 leg. 2: quod irritum esse post defuncti memoriam damnatam apparuit.

Auch Paulus unterscheidet zwischen ruptum und irritum: coll. 16, 3 § 2 = sent. 4, 8 § 2[a]. Dazu gesellt sich sent. 3, 5 § 14 das falsum. Unter irritum wird der Fall begriffen, wenn die Erbschaft nicht angetreten wurde: fr. 10 de sen. cons. Sil. 29, 5. So ist ferner zu verstehen fr. 14 de reb. eor. 27, 9.

Tryphonin bespricht fr. 20 pr. de bon. poss. c. t. 37, 4 einen Fall, wo eine Erbschaft ausgeschlagen, und nimmt dabei Bezug auf Julian mit den Worten: Iulianus recte respondit, ne testamentum per omnia irritum usw.

In einem allgemeineren Sinne nimmt das irritum Modestin fr. 25 neg. gest. 3, 5: irritum probatum est pro tribunali. Wenigstens ist eine nähere Beziehung nicht erkennbar.

Dasselbe gilt von c. 8 pr. ad leg. Falc. 6, 50 vom Jahre 233.

Isidor, der zum Teil aus juristischen Quellen schöpfte, bemerkt Etym. 5, 24 § 8: Irritum testamentum est, si is qui testatus est capite diminutus est, aut si non rite factum sit.

Bei nichtjuristischen Schriftstellern hat testamentum irritum eine ganz allgemeine Bedeutung. Suet. Tib. 51: testamentum quoque eius pro irrito habuit. Tac. ann. 5, 1: testamentum diu inritum fuit. Derselbe hist. 1, 48: testamentum T. Vinii, magnitudine opum, inritum.

Man hat wohl für die Begriffe testamentum ruptum und irritum nach innern Merkmalen gesucht. Es handelt sich aber mehr um Zufälligkeiten.

Es war herkömmlich, mit testamentum ruptum zu umfassen: das Hinfälligwerden eines Testamentes durch Agnatio,

Quasiagnatio, neues Testament. Alle übrigen Fälle der nachträglichen Ungültigkeit fielen dem inritum anheim.

Julian könnte der erste gewesen sein, der das inritum zur Bezeichnung ungültiger Testamente mitheranzog. Er reihte ihm den Fall unter, wenn eine Erbschaft ausgeschlagen war. Von diesem Falle gehen dann auch aus: Tryphonin, Papinian, Paulus. Gajus reiht ein die capitis deminutio. An ihn lehnt sich vornehmlich Ulpian, der aber auch den Nichtantritt der Erbschaft mithineinbezieht.

Jetzt wäre noch einzugehen auf Festus Th. 282: Procitum testamentum dicebatur uelut procatum, prouocatum, id est irritum ac ruptum.

Statt procatum, wie Thewrewk de Ponor schreibt, ist freilich zum zweiten Male wieder procitum überliefert, was kaum richtig sein wird.

Procitum ist gleich darauf erklärt durch petitum, und etwas vorher Th. 281 procitant durch prouocitant und procat durch poscit. Siehe weitere Belege bei Neue-Wagener, Bd. 3³ S. 81.

Procitum testamentum ist demnach ein gefordertes Testament, das bei Festus als ein irritum ac ruptum erscheint. Wie mag sich das erklären?

Es war Sitte bei den Römern, ihre Testamente in Tempeln oder Archiven zu hinterlegen: Pap. fr. 4 de his quae 28, 4; Ulp. fr. 4 § 3 fam. erc. 10, 2. Das Testament des Augustus befand sich z. B. bei den Vestalinnen: Suet. Oct. 101.

Die Zurücknahme eines so hinterlegten Testamentes bewirkte freilich noch keine Ungültigkeit. Aber wer ein Testament zurücknahm, wird meistens die Absicht gehabt haben, dasselbe zu ändern; oder das Testament war vielleicht schon aus irgendwelchem Grunde hinfällig geworden.

So konnte sich denn leicht die Vorstellung bilden, daß solche zurückgeforderte Testamente, wenn man sie im Nachlaß vorfand, keine Gültigkeit mehr besäßen.

31. Weitere Voraussetzungen der b. p. s. t. II, 147.

Die b. p. s. t. hat uns bereits näher beschäftigt bei Gelegenheit einer speziellen Frage: siehe Erkl. 19. Als eine Voraussetzung, die zu dieser speziellen Frage Bezug hatte, lernten wir dort kennen den II, 119 uns vorgeführten Satz: si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas. Angelehnt wurde eine zweite Voraussetzung. Es verhalte sich gerade so, wie wenn das ganze Testament aus einem andern Grunde keine Gültigkeit habe: uelut quod familia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit. Auf Grund unserer Stelle werden wir als weitere Voraussetzungen hinzufügen und anschließen können: si modo defunctus testator et ciuis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit.

Diese Voraussetzungen decken sich nicht mit einem Ausspruche Ulpians ad ed. fr. 1 § 8 de b. p. s. t. 37, 11: Exigit praetor, ut is, cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur.

Lenel, Ed.[2] S. 337 erblickt in diesen Worten 'bloßes Referat über prätorische Praxis'. Mehr für sich dürfte aber haben die Ansicht von Ranchinus, thes. Meerm. III, 253; Rudorff ed. perp. § 153; Alibrandi op. I S. 136, welche unmittelbare Entlehnung aus dem Julianschen Edikte behaupten.

Es gingen hier demnach auseinander Gajus und das Juliansche Edikt. Um eine Erklärung für diesen Zwiespalt bin ich keineswegs verlegen. Gajus wird hier wie anderswo das vorjuliansche Edikt vor Augen gehabt haben: siehe Rtsgel. Gaj. S. 133 flg. und oben Erkl. 26 a. E.

Der Unterschied ist ziemlich erheblich. Ulpian bringt eine allgemeine Voraussetzung, die vieles umfaßt, ius testamenti faciendi; Gajus nennt nur zwei einzelne Eigenschaften in der

Person des Testators. Wenn Ulpian außerdem zwei Zeitpunkte ins Auge faßt, während Gajus sich anscheinend nur um die Zeit des Todes kümmert: so ist das wohl mehr ein formeller Gegensatz. In sachlicher Beziehung wird auch Gajus ein gültiges Testament vorausgesetzt haben: vgl. Leist, Forts. Bd. 4 S. 176.

Von dem, was Gajus bringt, wird der Prätor in seinem Edikt zunächst seinen Ausgang genommen haben. Er prüfte also nicht bloß Form und Inhalt des Testamentes, sondern erkundigte sich auch darnach, ob der Testator im Augenblicke seines Ablebens römischer Bürger und gewaltfrei gewesen sei. Stellte sich z. B. heraus, daß der Testator nach Errichtung des Testamentes sein Bürgerrecht und wohl gar die Freiheit verlor oder sich arrogieren ließ, und daß dieser Zustand bis an sein Lebensende gedauert hatte: so wurde der Antragsteller mit seinem Gesuche einfach abgewiesen, ohne daß eine Verhandlung mit anderweitig Berechtigten eingeleitet zu werden brauchte.

Dabei wird indes der Prätor nicht stehen geblieben sein; er wird auch andere Mängel der Testierfähigkeit seiner Prüfung unterzogen haben, namentlich wenn ihn Beteiligte darauf hingewiesen. Das Edikt war ja in fortwährender Wandlung begriffen. Und so könnte allerdings, was Ulpian bringt, der Niederschlag einer späteren Praxis sein; aber einer Praxis, die im Julianschen Edikte Anerkennung gefunden hatte.

32. Die Capitis deminutio des Testators. II, 147.

Leist, Forts. Bd. 4 S. 181 unterscheidet zwischen capitis deminutio magna und der durch Arrogation erlittenen capitis deminutio minima. Im ersteren Falle werde das Testament lediglich auf Grund dessen aufrecht erhalten, 'daß der Testator als ciuis Romanus gestorben war'; falls dagegen der Testator durch Arrogation cap. dem. minima erlitten, auf Grund dessen, 'daß der Testator nicht bloß suae potestatis gestorben war, sondern auch außerdem die im Sicharrogierenlassen liegende

contraria uoluntas durch neue uoluntas vor dem Tode elidiert hatte'.

Bei Gajus finden wir indes diese Unterscheidung nicht. Hiernach genügt es vielmehr für beide Fälle, wenn im Augenblicke des Todes die Wirkungen der cap. dem. wieder beseitigt, also das römische Bürgerrecht bzw. die Gewaltfreiheit wiederhergestellt sind: ohne daß im letzteren Falle eine besondere Willenserklärung des Arrogiertgewesenen als Erfordernis angegeben wäre.

Aber dies letztere Erfordernis tritt uns, soweit ich sehe, zuerst entgegen bei Pap. fr. 11 § 2 de b. p. c. t. 37, 11: Testamento facto Titius adrogandum se praebuit ac postea sui iuris effectus uita decessit. Scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summouebitur, quia dando se in adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori uelle declarauerit, uoluntas, quae defecerat, iudicio recenti redisse intellegetur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret.

Am possessionem neben petat hat man Anstoß genommen. Paul Krüger bemerkt zu dieser Stelle Dig.[11]: del. Naber contra B.

In der entsprechenden Basilikenstelle 35, 17, 10 § 2 heißt es: ὁ κληρονόμος μου αἰτῶν διακατοχήν; das Heimbach übersetzt: heres meus bonorum possessionem petens. Nun ist zwar διακατοχή in der Bedeutung von bonorum possessio zu Zeiten Justinians und später ganz gewöhnlich: siehe Zachariä, Gr. röm. Rt.[2] S. 168 Anm. 569; Naber, Archiv für Papyrusforschung Bd. 3 S. 13; Kübler, Z. R.G. Bd. 37 S. 452. Und schon für das Jahr 249 n. Chr. beweist diesen Sprachgebrauch Pap. Gießen Inv. Nr. 40 Zle. 10. Vgl. Eger, Z. R.G. Bd. 45 S. 330. Aber die exceptio doli einem petat gegenüber weist eher hin auf den Formularprozeß, und zwar

eine Erbrechtsklage. Das quorum bonorum, an welches Leist, Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 1 S. 274 Anm. 4 denkt, genügt nicht, da es sich um endgültige Feststellung des Erbrechtes handeln dürfte. Wir können demnach weder possessionem noch bonorum possessionem gut gebrauchen.

Vielleicht schrieb Papinian per sponsionem. Wir hätten es demnach mit dem Sponsionsverfahren zu tun, worauf sich meines Erachtens auch bezieht Paul. fr. 40 pr. de her. pet. 5, 3: vgl. Rtsgel. Gaj. S. 165.

Nach Papinian soll dem Erben, der klagend auftritt, eine exceptio doli mali entgegenstehen. Sie wird darauf gestützt, daß der Testator, indem er sich arrogieren ließ, anderweitig über sein Vermögen verfügte: fiel es doch damit dem Arrogierenden zu.

Hat freilich der Gewaltfreigewordene irgendwie erklärt, daß er auf Grund des vor der Arrogation errichteten Testamentes beerbt sein wolle, dann verhalte sich die Sache anders: dann sei der Wille, welcher das Testament verlassen hatte, durch neuen Entschluß zurückgekehrt.

Papinian regt schon selber das Bedenken an, ob dann nicht eine letztwillige Verfügung vorliege, die auf nacktem, formlosem Willen beruhe: nec putauerit quisquam nuda uoluntate constitui testamentum. Er findet sich ab mit der Bemerkung, daß es sich ja nur um Beseitigung einer Einrede handle: non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed de uiribus exceptionis. Zwar werde die Einrede dem Kläger entgegengestellt, doch müsse sie beurteilt werden vom Standpunkte des Beklagten aus: quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit aestimatur. Das ist ein etwas unklarer Gedanke. An sich, hat Papinian vielleicht sagen wollen, begeht ein solcher Kläger einen Dolus — ist doch das Testament durch capitis deminutio hinfällig geworden —, aber nicht einem Beklagten gegenüber, gegen den der spätere Wille des Testators sich erklärt hat.

Ob überhaupt die ganze Begründung Papinians sich halten läßt, mag dahingestellt bleiben. Die Weitläufigkeit, in der sie erscheint, dürfte aber dafür sprechen, daß eine neue Ansicht hier entwickelt worden. Und diese neue Ansicht bezöge sich nicht einmal auf die b. p., sondern hätte das endgültige Erbrecht zum Gegenstand.

33. Entwicklungsgang der b. p. s. t. II, 148—149 a.

Wie wenig wir ein einheitlich gearbeitetes Lehrbuch vor uns haben, zeigt sich recht deutlich bei der b. p. s. t.

Zunächst taucht die b. p. s. t. auf II, 119: siehe dazu Erkl. 16. Hier werden uns einige Voraussetzungen vorgeführt, die dem Edikte des Prätors entsprechen könnten.

Eine Fortsetzung davon bildet dann II, 147: siehe dazu Erkl. 31.

Damit sind wir aber keineswegs zu Ende. Die Sache ist auch nicht so einfach, als ob es nur einer bloßen Aufzählung der Voraussetzungen bedürfte. Die b. p. s. t. hat sich im Laufe der Zeit verändert. Sie ist zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene gewesen.

Ursprünglich geht die b. p. s. t. neben einer legis actio in rem einher. Diese Voraussetzung wird im Laufe der Zeit abgestreift. Es bleibt aber übrig ein Streitverfahren vor dem Prätor, worauf uns hinweist das Si de hereditate ambigetur bei Cic. in Verr. II, 1, 45 § 117.

Bei Erteilung einer b. p. berücksichtigt der Prätor vorzugsweise den, der in einem Testamente, wie er es verlangt, zum Erben eingesetzt ist; unter Umständen auch den gesetzlichen Erben, mochte dies nun ein Agnat oder eine Gens sein.

Diesem Rechtszustande Ciceronianischer Zeit gegenüber weist das Edikt, wie es Gajus voraussetzt, verschiedene Aenderungen auf: siehe darüber Erkl. 19 unter 6.

Ein Streitverfahren ist nicht mehr nötig, die Erteilung der b. p. kann auch geschehen auf einseitigen Antrag.

Aus dem freien Ermessen des Prätors haben sich feste Sätze entwickelt.

Die b. p. s. t. wird dann erteilt, wenn kein gesetzlicher Erbe vorhanden ist. Als solcher wird nur aufgeführt der Agnat; die Gentilen sind beseitigt.

Neben dem Edikte kommt namentlich auch die sonstige Praxis, und was sich derselben anlehnt, in Betracht. Es gab nicht bloß eine b. p. edictalis, sondern auch decretalis. Ich habe in dieser Beziehung schon hingewiesen auf die b. p. secundum nuncupationem, die uns nur als eine decretalis entgegentritt: siehe Erkl. 16 unter 1. Diese Praxis ist jetzt weiter zu verfolgen.

1. Ich will mich zunächst beschäftigen mit dem Anfange des § 148.

Während der § 147 sich augenscheinlich stützt auf das Edikt des Prätors und zu einem gewissen Abschlusse gelangt, wird im § 148 noch einmal von vorn angefangen, aber in anderer Weise.

Der § 147 setzt voraus ein schriftliches Testament mit sieben Siegeln. Davon ist im § 148 keine Rede mehr.

Man könnte meinen — und hat in diesem Sinne den § 148 wohl bisher stets aufgefaßt —, das Testament mit den sieben Siegeln sei auf den § 148 mitzubeziehen. Dann begreift man aber nicht recht, weshalb im § 148 noch einmal mit dem allgemeinen Satz begonnen und nicht der Schlußsatz des § 148 dem § 147 gleich angefügt wurde.

Nun läßt sich diese Wiederholung des allgemeinen Satzes auf folgende Weise erklären. Der § 147 beschäftigte sich mit dem unvollkommenen zivilen Testamente, sofern zugleich die Voraussetzungen des prätorischen Testamentes gegeben waren. Dagegen der § 148 faßt allgemein das unvollkommene zivile Testament ins Auge, auch wenn die Voraussetzungen des prätorischen Testamentes nicht vorhanden sind. Dabei würde vor allen Dingen an das zivile Testament ohne familiae emptio und nuncupatio zu denken sein.

Ich will demnach keineswegs das prätorische Testament vom § 148 ausschließen, verstehe aber hier das unvollkommene zivile Testament in einem weitern Sinne; und glaube hierzu um so berechtigter zu sein, als uns dieses zivile Testament in diesem weitern Sinne auch schon sonst entgegengetreten ist: siehe namentl. Erkl. 20 unter 3.

2. Der Schlußsatz des § 148 bringt uns einen andern Gegensatz.

Im § 147 steht sich einander gegenüber: potest scriptus heres s. t. b. p. petere und non potest scriptus heres s. t. b. p. petere. Petere im Sinne von 'erbitten'. Der Erbe hat beide Male einen Antrag gestellt, im einen Falle erlangt er die b. p., im andern Falle nicht. Der Prätor wird die Sache nach allen Richtungen hin geprüft haben und lehnt die b. p. entweder ab oder gewährt sie.

Im § 148 wird nun hervorgehoben, daß die gewährte b. p. teils cum re, teils sine re sein könne. Das letztere dann, wenn die Erbschaft dem eingesetzten Erben wieder abgenommen werden könne: si uero ab his auocari hereditas potest.

Dieser Gegensatz soll von mir in der folgenden Erklärung 34 näher ins Auge gefaßt werden.

3. Die b. p. s. t. war von Haus aus nicht dazu bestimmt, endgültige Zustände zu schaffen; dem Zivilerben blieb es vielmehr unbenommen, sein ziviles Erbrecht dem bon. possessor gegenüber zur Geltung zu bringen. Solche Klagen werden mehr oder weniger häufig gewesen sein je nach den Grundsätzen, welche der Prätor bei Erteilung der b. p. befolgte.

a) In dieser Beziehung ist nun im § 149 folgender Satz an die Spitze gestellt.

Ein nach allen Regeln des Zivilrechts errichtetes Testament schlägt nach allen Richtungen hin durch: mag dieses Testament das frühere oder das spätere sein.

Also ein unvollkommenes Ziviltestament wird nicht bloß durch ein späteres vollkommenes Ziviltestament aufgehoben, ein unvollkommenes Ziviltestament kann auch neben einem früheren vollkommenen Ziviltestament nicht aufkommen; hat nicht die Kraft, dieses aufzuheben.

Das vollkommene Ziviltestament ist das mündliche Manzipationstestament, errichtet vor fünf Zeugen, mit familiae emptio und nuncupatio.

Das unvollkommene Ziviltestament beschränkt sich nicht auf das prätorische Testament mit den sieben Siegeln, sondern umfaßt auch das vor fünf Zeugen errichtete Testament mit Testamentsurkunde ohne familiae emptio und nuncupatio: namentlich insofern es sich zu einem schriftlichen Manzipationstestamente entwickelt hat und erkenntlich ist am Wagehalter wie dem Antestatus.

Von dem in einem vollkommenen Ziviltestamente eingesetzten Erben heißt es allerdings im § 149 nur: is potest ab his hereditatem auocare. Er hat aber gar nicht nötig, so lange zu warten, bis andere sich der Erbschaft bemächtigt haben, um sie ihnen dann wieder abzunehmen; er hat daneben in erster Linie Anspruch auf die b. p.

Dies ergibt eine andere Stelle, nämlich III, 35: Nam si uerbi gratia iure facto testamento heres institutus creuerit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit contentus eo, quod iure ciuili heres sit. Also es hängt ganz vom freien Willen des in einem vollkommenen Testamente eingesetzten Erben ab: ob er sich auf das cernere beschränken oder daneben die b. p. erbitten will.

Ich hebe hervor, daß es sich dabei handelt um das mündliche Ziviltestament, mithin eine b. p. secundum nuncupationem, die nur als decretalis erteilt wurde. Diese b. p. secundum nuncupationem decretalis nimmt demnach jetzt auf dem Gebiete der b. p. secundum tabulas die erste Stelle ein.

b) Das vollkommene Ziviltestament kann nach den §§ 148. 149 auch dann noch in Betracht kommen, wenn es bereits zu einem ruptum oder inritum geworden sein sollte.

Ein Hauptbeispiel für das testamentum ruptum bringt uns Ulp. fr. 12 pr. de ini. rupt. 28, 3. Dem lebenden Erblasser ist nach errichtetem Testament ein Nachkömmling geboren, dieser aber vor dem Erblasser gestorben. Ohne Zweifel ist das Testament rumpiert. Gleichwohl soll dasselbe nach Reskripten von Hadrian und Caracalla aufrecht erhalten werden. Der eingesetzte Erbe erhält eine b. p. s. t. cum re unter der Voraussetzung: si signatum fuerit testamentum. Ob damit hingewiesen sein soll auf die sieben Siegel des prätorischen Testamentes, oder ob die fünf Siegel des Ziviltestamentes genügten: lasse ich dahingestellt. An der Stelle scheint auch sonst von den Kompilatoren geändert zu sein: vgl. Paul Krüger, Dig.[11]. Von diesen Aenderungen könnte mitbetroffen sein das unbestimmte si signatum fuerit.

Ein Hauptbeispiel für das testamentum inritum liefert der Testator, welcher nach Errichtung des Testamentes sich arrogieren ließ, vom Arrogator aber wieder emanzipiert wurde: vgl. Pap. fr. 11 § 2 de b. p. c. t. 37, 11 und dazu Erkl. 32.

Aufmerksam zu machen wäre hier auf eine etwas abweichende Darstellung bei Ulp. 23, 6.

Gajus nimmt seinen Ausgang von einem zivilrechtlich gültigen Testamente, das zu einem ruptum bzw. iuritum geworden war, für das allerdings zugleich die Erfordernisse eines prätorischen Testamentes gegeben sein mußten. Es heißt § 147 iure facta postea inrita facta aut rupta, und ebenso § 148 iure factae postea ruptae uel inritae. Dagegen begnügt sich Ulpian von vornherein mit einem prätorischen Testamente: Si septem signis testium signatum sit testamentum.

c) Der durch Gesetz zur Erbschaft Berufene kann nach § 149 demjenigen, der in einem unvollkommenen bzw. zu einem ruptum oder inritum gewordenen Testamente zum Erben eingesetzt ist, die Erbschaft entziehen.

Ein Satz dieser Art, der sich beschränkt auf das prätorische Testament und das aus einem andern Grunde unvollkommene Testament, z. B. weil die familiae emptio nicht vorgenommen oder die feierlichen Worte vom Testator nicht gesprochen sind, ist uns schon entgegengetreten § 119.

Beide Sätze sind in der Weise vorgetragen, als ob das geltende Recht dargestellt werden sollte. Gajus wird sie also, wie er sie in seiner Vorlage vorfand, hingesetzt haben.

Zum § 119 hat dann aber Gajus im § 120 einen Zusatz gemacht, in dem er hinweist auf ein Reskript des Kaisers Antoninus, das den in einem unvollkommenen Testamente eingesetzten Erben den gesetzlichen Erben gegenüber eine exceptio doli mali gewährt.

Auf diesen Zusatz verweist uns Gajus ebenfalls im § 149ª.

Diesen Wink benutzt dann ein Nachgajaner, um in dem mit Potiores scribiti beginnenden Satze auch an dieser Stelle auf den Inhalt der Antoninschen Konstitution hinzuweisen.

d) Noch ein anderer Punkt ist zu beachten.

In der Vorlage, der Gajus den § 149 entnahm, werden als prätorische Erben, die den in einem mangelhaften Testamente eingesetzten Erben nachstehen, nur die cognati erwähnt, nicht der überlebende Ehegatte. Nach Lenel, Ed.² S. 346 war die b. p. unde uir et uxor ein Bestandteil des Julianschen Ediktes. Beweisend namentlich Ulp. coll. 16, 8 § 1. Die Nichterwähnung des Ehegatten in unserer Stelle gibt der Möglichkeit Raum, daß die b. p. unde uir et uxor als edictalis erst dem Julianschen Edikte ihren Ursprung verdankte. Wir hätten es demnach mit einer Vorlage zu tun, die sich noch auf das vorjulianische Edikt stützte. An Spuren, die das vorjulianische Edikt verraten, fehlt es in diesem Lehrbuche ja auch sonst nicht: vgl. Erkl. 26 a. E.

Nach Girard-von Mayr S. 922 könnte die b. p. unde uir et uxor schon zu Labeos Zeiten vorhanden gewesen sein. Das kommt mir obigen Ausführungen gegenüber einigermaßen zweifelhaft vor.

34. Bonorum possessio cum re und sine re. II, 148—149 a.

I. Die beiden Hauptstellen, welche man über die b. p. cum re und sine re vor Gajus besaß, waren Ulp. 23, 6 und 28, 13.

Gajus hat unsere Kenntnisse in dieser Beziehung vermehrt. Insonderheit bringt er eine ältere Bildungsschicht, die er seiner Vorlage entnommen haben wird, von der wir demnach unsern Ausgang zu nehmen haben.

1. Darnach liegt die Sache einfach so. Ein vollgültiges ziviles Testament schlägt nach allen Richtungen hin durch. Daneben kann ein prätorisches oder sonstwie unvollkommenes Testament nicht aufkommen. Hat demnach der Prätor auf Grund eines prätorischen Testamentes die b. p. s. t. erteilt, so kann der in einem vollgültigen zivilen Testamente eingesetzte Erbe diesem b. possessor die Erbschaft wieder entziehen und somit die b. p. in eine b. p. sine re verwandeln.

Ebenso steht der legitime Erbe des Zivilrechts einem b. possessor gegenüber da.

2. In letzterer Hinsicht ist nun eine Aenderung eingetreten durch ein Antoninsches Reskript: der in einem unvollkommenen Testamente eingesetzte Erbe hat Agnaten gegenüber, welche die Erbschaft vindizieren, eine exceptio doli mali erhalten: dadurch ist seine b. p. s. t. zu einer b. p. cum re geworden.

3. Diese Einrede beschränkt sich aber auf den Agnaten, anders steht nach wie vor der suus da. Dies folgt schon aus dem Schweigen des Gajus über den suus. Dafür dürfte aber auch sprechen Ulp. 28, 13. Die Stelle scheint freilich nur lückenhaft überliefert zu sein, ließe sich aber in dieser Weise ergänzen: sine re, cum alius iure ciuili euincere hereditatem possit; ueluti si suus heres intestati ⟨bona petere noluerit contentus eo, quod iure ciuili heres sit, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere; erit tamen ea⟩ bonorum possessio sine re, quoniam suus heres euincere hereditatem iure legitimo potest.

Paul Krüger ersetzt intestati durch in testamento und ergänzt weiter: praeteritus sit, licet scriptis heredibus secundum tabulas bonorum possessio deferatur, erit tamen ea.

4. Eine b. p. sine re liegt demnach dann vor, wenn jemand den Erbschaftsbesitz zwar erlangt hat, ihn aber wieder herausgeben muß. Gai. II, 148: si uero ab his auocari hereditas potest, habebunt possessionem sine re; Ulp. 28, 13: sine re, cum alius iure ciuili euincere hereditatem possit.

Das ist also noch keine b. p. sine re, wenn jemand zwar in der Lage ist, sich den Besitz der Erbschaft mittels quorum bonorum zu verschaffen, von diesem Rechtsmittel aber noch einen Gebrauch gemacht hat. Ein solcher hat nur einen Anspruch auf eine b. p. die je nach der Sachlage eine b. p. sine re oder cum re werden könnte.

Ferner werden wir in dieser Beziehung nur den rechtmäßig erlangten Besitz ins Auge zu fassen haben: also vor allem den Besitz, sofern ihm das quorum bonorum zur Seite stand.

5. Für den Umfang, in welchem die b. p. sine re sich geltend machte, hing sehr viel davon ab: inwieweit dem Erben dem quorum bonorum gegenüber die Verteidigung gestattet war.

In dieser Beziehung heißt es bei Gajus IV, 144: pro herede autem possidere uidetur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse. Demnach war das Interdikt nicht bloß dem vermeintlichen, sondern auch dem wirklichen Erben gegenüber wirksam. Derselbe mußte zunächst die Erbschaftssachen herausgeben, mochte er auch in der Lage sein sie durch Erbschaftsklage wieder zu erlangen. Im letzteren Falle erwies sich die erlangte b. p. als eine b. p. sine re.

Dagegen nach Justinianschem Rechte konnte der bonorum possessor gegen den wirklichen heres nicht durchdringen. Die Gajusstelle ist I. I. IV, 15 § 3 so wiedergegeben: pro herede autem possidere uidetur, qui putat se heredem esse.

Der wirkliche Erbe ist mithin ausgefallen. Damit ist jedenfalls gesagt, daß die Erbeseigenschaft als Einrede vorgebracht werden durfte. Und sofern dies geschah, mußte über das Erbrecht endgültig mit erkannt und so gleichzeitig über den Besitz endgültig, nicht bloß vorläufig, entschieden werden.

6. Andererseits kam sehr viel darauf an; inwieweit dem b. possessor dem Erben gegenüber die Verteidigung gestattet war.

In dieser Beziehung wurde bereits der Erbrechtsklage des Agnaten gedacht. Seit dem Antoninschen Reskripte, das dem in einem unvollkommenen Testamente eingesetzten Erben eine exceptio doli mali gewährte, war dessen b. p. s. t. zu einer b. p. cum re geworden.

35. Fortsetzung. Possessoria hereditatis petitio.

Der bonorum possessor ist auf das quorum bonorum nicht beschränkt geblieben. Im Laufe der Zeit wird ihm daneben gewährt eine possessoria hereditatis petitio.

Von dieser Klage sagt Gajus lib. sexto ad ed. prou. fr. 2 de poss. her. pet. 5, 5: per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus ciuilibus actionibus heres consequi potest.

Unter den superiores ciuiles actiones können in diesem Zusammenhange nur verstanden werden die beiden voraufgehenden Klagen: die gewöhnliche hereditatis petitio und die Klage si pars hereditatis petatur. Aber auch im 6. Buche seines Ediktskommentares beschäftigte sich Gajus mit diesen beiden Klagen. Siehe Lenel Paling n. n. 135—148, denen dann unsere Stelle als n. 149 angehängt worden.

Mithin wurde auch mittels dieser Klage endgültig über das Erbrecht entschieden, so daß, falls der b. possessor durchdrang, für eine b. p. sine re kein Raum übrig blieb.

Im übrigen liegt der Ursprung und die Entwicklung dieser

Klage einigermaßen im Dunkeln. Der diese Klage behandelnde Digestentitel enthält nur zwei Stellen; und hier sind wir gar nicht einmal sicher, ob bzw. wie weit sie interpoliert sein mögen. Die wenigen Stellen, die wir über diese Klage sonst noch besitzen, sollen jetzt einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

1. Iul. fr. 13 pr. de b. p. c. t. 37, 4. Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et seruos hereditarios praestare: omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit.

Das praestare rührt nicht von Julian her. Schröder Noterbenrt. S. 149 hat es bereits ersetzt durch mancipare; und Lenel Paling n. 367 hält für möglich: (nummo uno) mancipare.

Legen wir dieses mancipare zugrunde, so haben wir es mit einem scriptus heres zu tun, welcher per causam hereditariam quiritisches Eigentum erworben hatte. Das ist kein einfacher b. possessor, der als solcher nur prätorisches Eigentum erlangt; zum quiritischen Eigentum bedurfte er der Usukapion: III, 80. Wollen wir diese Usucapion nicht in die Stelle hineinlegen, so haben wir uns einen zivilen Erben vorzustellen, der auf Grund eines vollkommenen zivilen Testamentes die Erbschaft erworben hat; etwa einen Erben, wie er uns entgegentritt III, 36: si uerbi gratia iure facto testamento heres institutus creuerit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod iure ciuili heres sit.

Es stehen sich demnach einander gegenüber jemand, der eine b. p. c. t. empfing, und ein Zivilerbe. Es heißt in bezug auf den ersteren: b. p. c. t. accipit. Er hat also die b. p. nicht bloß angemeldet, erbeten; sie ist ihm schon vom Prätor bewilligt worden. Vgl. Kipp Festgabe für Windscheid S. 92 Anm. 58.

Ich bemerkte bereits Erkl. 22: daß in dem Digestentitel de b. p. c. t. Streichungen und Aenderungen vorgenommen seien, insonderheit vermisse man eine nähere Darstellung über das Verhältnis von zivilem und prätorischem Recht. In der Tat taucht die Frage auf: ob ein solcher mit quiritischem Eigentum ausgerüsteter Zivilerbe auf die Dauer einem b. possessor zu weichen brauchte. Wenden wir die Regel an, die uns Gajus II, 148 an die Hand gibt: was würde der Erfolg sein? Dem Zivilerben könnten allerdings die Erbschaftssachen mit dem quorum bonorum abgenommen werden, der Zivilerbe könnte ihm dann aber die Sache wieder entziehen, so daß die in Frage stehende b. p. sich als eine b. p. sine re auswies.

Damit wäre einem b. possessor noch nicht sonderlich gedient. Sollte daher die b. p. c. t. einem Ziviltestamente gegenüber nicht zu einer bloßen Scheinexistenz herabsinken, so bedurfte es eines kräftigeren Schutzes. In dieser Beziehung sehen wir nun die possessoria hereditatis petitio eingreifen. Sie gewährte nach Gajus fr. 2 D. 5, 5 dasselbe was die gewöhnliche hereditatis petitio. Was dann das Verhältnis beider Klagen zueinander anbetrifft, so belehrt uns hierüber obige Stelle. Die possessorische hereditatis petitio erweist sich sogar als die kräftigere Klage. Und wenn ein Zivilerbe gegenüberstand, der an Grundstücken und Sklaven quiritisches Eigentum erworben hatte, so genügte nicht die Tradition: es konnte vielmehr Manzipation dieser Sachen verlangt werden.

Dem Julian war diese Klage schon bekannt. Ihre Entstehung kann man sich nicht gut anders vorstellen, als daß der Prätor sie einführte; es heißt ja auch ausdrücklich: quem praetor heredis loco constituit. So wird denn wohl der Ediktssatz nicht gefehlt haben, der eine solche Klage verhieß. A. M. freilich Lenel Ed.² S. 177.

Und wenn Gajus, wie wir aus fr. 2 de poss. h. p. 5, 5 ersehen, diese Klage in seinem Kommentare über das Provinzialedikt behandelte, so wird diese Klage ins Provinzialedikt hinübergenommen sein, und dort in der prätorischen Abteilung

ihre Stelle gefunden haben. In dieser Beziehung bemerke ich, daß schon nach Cic. ad Att. 6,1 § 15 das Edikt der Provinz Cilicien in seiner prätorischen Abteilung die Rubrik enthielt de hereditatum possessionibus. Vgl. Rchtsgel. Gajus S. 129 flg. 206.

Sind obige Ausführungen richtig, so hätten wir für die possessoria hereditatis petitio einen Anwendungsfall gefunden, wo ein Zivilerbe einem b. possessor gegenübertritt. Ob das von Haus aus der Zweck dieser Klage gewesen, den b. possessor dem Zivilerben gegenüber in Schutz zu nehmen: will ich damit nicht gerade behauptet haben; es kommt in dieser Beziehung auch das Verhältnis des b. possessor Dritten gegenüber in Betracht.

Wie die Formel ausgesehen haben mag, ist freilich eine schwierige Frage. Lenel, Ed.[2] S. 177 meint: 'an eine Fiktion si heres esset kann bei einer hereditatis petitio natürlich nicht gedacht werden'. Es ist aber nicht einzusehen, warum ein b. possessor nicht als Erbe hätte fingiert werden können, etwa in folgender Weise: si b. possessor A^s A^s L. Titio heres esset. Daran hätten wir freilich noch nicht genug, es hätte auch die Erbeseigenschaft des N^s N^s wegfingiert werden und er als jemand hingestellt werden müssen, qui pro herede aut pro possessore possideret.

2. Als weitere Stelle kommt in Betracht Ulp. fr. 3 § 13 de Carb. ed 37, 10. Missum autem ex Carboniano in possessionem student praetores constituere. Quodsi coeperit aut hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus aut singulas res, rectissime Iulianus libro uicensimo quarto digestorum scribit exceptione eum summouendum; contentus enim esse debet hac praerogatiua, quod possessorem eum praetor tantisper constituit. Si igitur nult hereditatem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres, ut ea petitione iudicari possit, an quasi ex liberis heres sit, ne praesumptio Carbonianae bonorum possessionis iniuriam aduersariis afferat: quae sententia habet rationem et aequitatem.

Wir haben es hier wieder mit Julian zu tun, dessen Ansicht Ulpian billigt.

Ein Unmündiger, dessen Kindeseigenschaft bestritten, hat in Gemäßheit des Carbonianschen Ediktes eine b. p. erlangt. Hieraufhin stellt er eine possessoria hereditatis petitio an.

Voraussetzung dieser Klage war, wie wir schon gesehen haben, Erlangung einer b. p. Genügte dazu eine b. p. Carboniana? Die Bestimmungen müssen doch wohl sehr allgemein gelautet haben, denn die Klage als solche gilt für hinlänglich begründet. Wo standen diese Bestimmungen? Doch wohl nirgends anders als im Edikt des Prätors.

Aber so allgemein ist nach Julian dieses Edikt nicht zu verstehen. Deshalb soll die Klage durch eine exceptio abgewandt werden. Merkwürdigerweise fehlt die nähere Bezeichnung für diese exceptio. Vielleicht haben die Kompilatoren hier gestrichen. Ubbelohde Forts. Bd. 1 S. 137 denkt an eine exceptio doli. Der Zusammenhang dürfte vielmehr hinweisen auf eine dilatorische Einrede etwa von folgender Fassung: si non in tempus pubertatis N[s] N[s] bonorum possessor constitutus est.

Die Sache ist nämlich die. Die b. p. Carboniana wird nur erteilt bis zur Mündigkeit, ist also nur eine vorläufige. Zwar ging eine Prüfung vorauf, vgl. Ulp. fr. 3 § 5: duae autem sunt causae cognitiones, una dandae Carbonianae possessionis. Im allgemeinen sollten von Haus aus die Bedingungen der b. p. c. t. maßgebend sein, vgl. Ulp. fr. 1 § 3: et generaliter dicimus his demum Carbonianum competere, quibus contra tabulas bonorum possessio competit; und dazu Leist Forts. Bd. 4 S. 68 flg. Aber so gründlich war die Voruntersuchung hier doch nicht. Während die Erteilung einer b. p. c. t. ohne weiteres zur Anstellung einer possessoria hereditatis petitio berechtigte, ließ sich dies von einer b. p. Carboniana keineswegs behaupten. Vor allen Dingen mochte die Kindeseigenschaft noch einer sorgfältigen Nachprüfung bedürftig sein.

Deshalb wird der Kläger hingewiesen auf die gewöhnliche hereditatis petitio. Bei diesem Verfahren wäre dann noch gründlich zu prüfen: an quasi ex liberis heres sit.

Die possessoria hereditatis petitio ist hier demnach als eine Klage gedacht, welche die Kindeseigenschaft bereits als feststehend voraussetzt. Was sonst noch an erbrechtlichen Zweifeln vorhanden, wäre bei dieser Klage zu erledigen. Dringt dann der b. possessor mit dieser Klage durch, so hat er so leicht nicht zu befürchten, nur eine b. p. sine re erhalten zu haben.

In ähnlicher Weise ist diese Stelle schon erklärt von Ubbelohde, Forts. Bd. 1 S. 133 flg., der zugleich die Leistsche Auffassung, siehe denselben Forts. Bd. 2 S. 294 flg. Bd. 4 S. 101, zurückweist.

3. Die dritte Stelle ist Paul. fr. 5 § 1 de his quae ut ind. 34, 9. Ille, qui non iure factum contendit nec optinuit, non repellitur ab eo quod meruit. Ergo qui legatum secutus postea falsum dixit, amittere debebit quod consecutus est. De eo uero qui legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum, diuus Pius ita rescripsit: cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is eius condicionis fuerit uisus, ut optinere hereditatem non possit, et iure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso iure poterunt; prohibendi autem sint an non, ex cuiusque persona condicione aetate cognita causa a iudice constituendum erit.

Es handelt sich um die Kognaten eines Sophron, die in dessen Testamente mit Legaten bedacht waren und diese Legate angenommen hatten. Sie behaupten aber das Testament sei non iure factum. Darunter werden wir hier nicht bloß ein non iure ciuili, sondern überhaupt ein ungültiges Testament zu verstehen haben. Dem eingesetzten Erben scheint die Erbfähigkeit gefehlt zu haben, er war vielleicht kein römischer Bürger. Intestaterben sind die Kognaten des Sophron. Von ihnen heißt es petere hereditatem ipso iure poterunt.

Ubbelohde Fortſ. Bd. 1 S. 142 meint: das petere hereditatem ſei 'ſelbſtverſtändlich, wo nicht ausſchließlich, ſo doch vorzugsweis von der hereditatis petitio possessoria der bloß prätoriſch berufenen Kognaten' zu verſtehen. Meines Erachtens kommt lediglich die possessoria hereditatis petitio in Betracht. Denn die b. p. unde cognati verſchaffte doch doch nur prätoriſches Eigentum: III, 80. Mithin verſagte die ciuilis hereditatis petitio mit ihrem ex iure Quiritium: ſiehe die Formel bei Lenel Ed.[2] S. 178.

Aber unter Umſtänden wären die Kognaten doch zu verhindern die Klage anzuſtellen; die Sache wäre näher zu prüfen von einem iudex und je nach Befund die Klage abzuweiſen. Anders iſt das prohibendi kaum zu verſtehen. Und dies beſtätigt auch Paul. fr. 43 de her. pet. 5, 3, wo wir ein ähnliches oder vielleicht ganz dasſelbe Reſkript von Antoninus vor uns haben: causa cognita hereditatis petitionem negandam esse. Ob demnach der iudex in unſerer Stelle auf Interpolation beruht? Abweiſung der Klage wäre doch Sache des Prätors geweſen. Allein es handelt ſich hier um einen Gegenſtand, der nicht bloß für Rom ſondern auch für die Provinzen Bedeutung hatte. So könnte das a iudice doch echt ſein.

Jetzt müſſen wir uns noch die Perſon des Beklagten etwas näher anſehen. Wie iſt derſelbe in den Beſitz der Erbſchaft gelangt? Ubbelohde S. 143 hat ſchon die Vermutung ausgeſprochen, daß der scriptus heres ſich der missio ex edicto Hadriani bedient habe. Das führt uns zu einem andern Rechtsmittel, das ebenfalls einen einſtweiligen Zuſtand ſchuf und ſomit dem quorum bonorum Abbruch getan haben wird.

Die fragliche Beſitzeinweiſung wird, ſoweit ich ſehe, allgemein auf Hadrian zurückgeführt. Dem entſpricht auch die Ausdrucksweiſe in c. 26 C. Th. quor. app. 11, 36 vom J. 379: edicti per diuum Hadrianum conditi beneficium consequantur. Daneben dürfte aber auch der Praxis ein Anteil

an dieser Entwicklung zukommen; es heißt c. 7 pr. C. Th. de test. 4,4 vom Jahre 424: aut certe ex edicto diui Hadriani se mitti ad possessionem ex more petierit.

Jedenfalls steht diese Besitzeinweisung in Beziehung zur Erbsteuer, die ursprünglich verpachtet, später unmittelbar erhoben wurde. Bei der unmittelbaren Einziehung trat der Staat in nähere Beziehung zu denen, die eine Erbschaft in Anspruch nahmen. Die nächsten Verwandten waren von der Steuer frei: vgl. darüber Huschke Gajus S. 16 flg. Wenn nun diese ein Testament anfochten, so handelte es sich für den Staat darum: ob er Erbsteuer erhalte oder nicht. Der Staat wartete aber mit seinem Anspruch nicht, bis dieser Streit nach allen Richtungen hin ausgetragen war, sondern wies den Testamentserben unter bestimmten Voraussetzungen sofort in den Besitz ein, und wird dann von diesem die Steuer erhoben haben. Vgl. Soc. publ. S. 58.

Die Erbsteuer ist später in Wegfall gekommen, die Besitzeinweisung aber trotzdem bei Bestand geblieben. Sie hat durch Justinian in c. 3 de ed. diui Hadriani toll. c. 33 vom Jahre 531 eine neue Grundlage erhalten; die Hauptstelle aus früherer Zeit ist Paul. sent. 3, 5 §§ 14—18.

Das Testament, auf Grund dessen eine Besitzeinweisung begehrt werden konnte, mußte sich äußerlich als ein fehlerfreies darstellen: es durfte weder durchstrichen, noch zerstört, noch auch zu einem kleinsten Teile beschädigt sein: c. 3 pr. 6, 33.

Da ein unbeschädigtes Testament verlangt wird, kann dabei nur an ein schriftliches gedacht sein.

Unsere Besitzeinweisung ist also ausgeschlossen beim mündlichen Testament. Jedenfalls beim rein mündlichen, aber auch wohl beim testamentum nuncupatiuum in scripturam redactum. A. M. freilich Leist, Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 2 S. 155 flg.; Forts. Bd. 2 S. 438.

Ferner wird durch Zerstören, Beschädigen, Durchstreichen eines schriftlichen Testamentes nicht notwendig dessen Ungültigkeit herbeigeführt: Gai. II, 151; Scaeuola fr. 20 de ini. rupto

28, 3: Ulp. fr. 1 §§ 1—3 de his quae in test. 28, 4: c. 30 de test. 6. 23 vom Jahre 531.

Es sind also gültige, schriftliche Testamente denkbar, auf Grund deren unsere Besitzeinweisung nicht begehrt werden kann. Anders verhielt es sich mit der b. possessio: Ulp. fr. 1 §§ 3. 10. 11 de b. p. s. t. 37, 11.

Dagegen steht Anfechtbarkeit der Besitzeinweisung nicht im Wege: mochte nun vorgegeben werden, daß das Testament gefälscht oder später hinfällig geworden sei: mochte die Hinfälligkeit durch die Geburt eines übergangenen Noterben herbeigeführt sein, oder mochte der Testator die zur Erbeseinsetzung nötige Rechtsfähigkeit verloren haben, oder mochte die Hinfälligkeit auf andern derartigen Gründen beruhen: Paul. sent. 3, 5 § 14; c. 2 de ed. diui Hadr. 6, 33 vom Jahre 223.

Das Testament mußte bei Behörde eingereicht und öffentlich verlesen werden: Paul. sent. 3, 5 § 17. Diese Bestimmung erklärt sich aus dem Interesse, das der Staat wegen seiner Steuer an dem unverfälschten Inhalt der Testamente hatte. Von diesem Standpunkte aus war das Testament ein publicum instrumentum, wie Ulpian fr. 2 pr. test. quemadm. 29, 3 sich ausdrückt. Für die b. p. s. t. genügte das extare tabulas: Ulp. fr. 1 § 2 de b. p. s. t. 37, 11.

Die Einweisung beschränkte sich auf diejenigen Sachen, welche der Testator zur Zeit seines Todes besaß: Paul. sent. 3, 5 § 18.

Diesem allem zufolge hat demnach die in Frage stehende Besitzeinweisung ein ganz bestimmt geartetes Testament zu ihrer Voraussetzung. Andererseits bewegt sie sich aber zu einem guten Teile auf demselben Gebiete wie die b. p. s. t. Es taucht daher die Frage auf: wozu sie überhaupt nötig war.

In der Tat hat Leist, Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 2 S. 141 flg.; Forts. Bd. 2 S. 405 flg. die Behauptung aufgestellt: daß die testamentarische b. p. durch das bequemere Verfahren der Hadrianschen Besitzeinweisung außer Uebung gekommen sei. Hierfür beruft er sich namentlich auf folgende

drei Stellen: c. 7 C. Th. de test. 4, 4 vom Jahre 424; nou. Val. III tit. 21 c. 1 § 5 vom J. 446 und ebenda § 1 a. E.

Ich glaube aber nicht, daß diese Stellen den gewünschten Beweis erbringen. Was insonderheit die zweite Stelle anbetrifft, auf welche Leist das Hauptgewicht legt, so ist es fraglich, ob der von Leist angezogene Satz 'Cuius heres . . relaxamus' überall in diesen Zusammenhang gehört.

Zudem spricht gegen Leist: daß die Kompilatoren sowohl in die Digesten unter 37, 11 als in den Kodex unter 6, 11 einen eigenen Titel de b. p. s. t. aufgenommen haben.

Für Leist erklärt sich Kipp, Festgabe für Windscheid S. 93. Noch weiter als Leist scheint zu gehen Wendt Pand. S. 864 Anm.

Auf alle Fälle wird die Besitzeinweisung ein bequemeres Verfahren gewesen sein, wie Leist behauptet. Insonderheit scheint man es mit der Gültigkeit der Testamente so genau nicht genommen zu haben. In dieser Beziehung kommt namentlich in Betracht die schon angeführte c. 2 de ed. diui Hadr. 6, 33 vom Jahre 223: Quamuis quis se filium defuncti praeteritum esse adleget aut falsum uel inofficiosum testamentum seu alio uitio subiectum uel seruus defunctus esse dicatur, tamen scriptus heres in possessionem mitti solet.

Nun handelt es sich bei Paul. fr. 5 pr. § 1 ebenfalls um ein falsum testamentum; sodann um ein überhaupt ungültiges, non iure factum; ferner um ein inofficiosum; endlich um einen Erben eius condicionis, ut optinere hereditatem non possit, mithin möglicherweise gar um einen Sklaven. Die Sachlage ist demnach fast dieselbe wie in der angeführten c. 2. Und damit wäre ein weiterer Anhaltspunkt für die Annahme gewonnen, daß auch bei Paulus eine Besitzeinweisung zugrunde liegt.

Endlich verdient die Ueberschrift Beachtung. Die Stelle des Paulus ist entnommen libro primo de iure fisci. Bei

der Erbsteuer und somit bei der damit in Verbindung stehenden Besitzeinweisung handelt es sich aber um fiskalische Dinge. Ursprünglich floß die Erbschaftssteuer ins aerarium militare: siehe darüber Soc. publ. S. 163. Später dürfte diese Steuer einer Kasse zugeführt sein, die eine Unterabteilung des Fiskus bildete: vgl. Hirschfeld, Kaiserl. Verwaltungsbeamte[2] S. 100.

Wir haben es demnach in dem Antoninschen Reskripte bei Paulus mit einem Beklagten zu tun, der in den Besitz eingewiesen war auf Grund eines anfechtbaren Testamentes, anfechtbar deshalb, weil dem eingesetzten Erben die Erbfähigkeit fehlte.

Als Anfechtende kommen Kognaten in Betracht. Ihnen wird an sich die possessoria hereditatis petitio zugesprochen. Die Ausnahmen kümmern uns zunächst nicht weiter. Ob ähnlich wie bei der b. p. c. t., mit der sich Julian fr. 13 pr. de b. p. c. t. 37, 4 beschäftigte, eine b. p. erteilt werden mußte, die hier eine b. p. unde cognati gewesen wäre, wird nicht gesagt.

Ist die erörterte Stelle von mir richtig verstanden, so haben wir einen neuen Anwendungsfall der possessoria hereditatis petitio kennen gelernt. Sie ist benutzt worden zur Anfechtung eines Testamentes, auf Grund dessen der eingesetzte Erbe in den Besitz eingewiesen war.

Die Einweisung in den Besitz wird an leichtere Bedingungen geknüpft gewesen sein als eine b. p. Es machte sich hier das fiskalische Interesse geltend. Der Fiskus erhob vermutlich seine Erbsteuer vom Besitzer. Wurde dann das Testament umgestoßen, so hätte er freilich allgemeinen Grundsätzen zufolge die Erbsteuer wieder herausgeben müssen. Von solcher Anfechtung sollte indessen der Erbe ausgeschlossen sein, der das Testament vorher anerkannt hatte; und diese Anerkennung scheint man in einem ziemlich weiten Umfange angenommen zu haben.

So heißt es gleich im Antoninschen Reskripte: ob eine Klage gegen den eingesetzten Erben zu gewähren oder zu ver-

sagen sei, müsse beurteilt werden ex cuiusque persona condicione aetate. Weshalb diese Aengstlichkeit? Damit nur ja der Fiskus nicht zu Schaden komme.

Allgemeinen Grundsätzen zufolge hätte man eine Anerkennung des Testamentes nur dann berücksichtigen dürfen, wenn darin zugleich ein Verzicht auf die Klage enthalten war. Man ist aber entschieden weiter gegangen: vgl. Francke ArchCivPrax. Bd. 19 S. 180 flg.

Es genügte z. B., wenn der Sohn nach dem Tode des Vaters dessen Testamente hinzufügte, consentire me: Paul. fr. 31 § 4 de inoff. 5, 2. Oder wenn der Enterbte einem Dritten, der auf Grund des Testamentes ein Vermächtnis forderte, vor Gericht Beistand leistete, adgnouisse enim uidetur, qui qualequale iudicium defuncti comprobauit: Paul. fr. 32 pr. de inoff. test. 5, 2. Vgl. ferner Ulp. fr. 10 § 3; fr. 3 §§ 15. 16 und andere bei Francke angeführte Stellen.

4. Weiter hat man herangezogen c. 1 quor. bon. 8, 2 Impp. Seuerus et Ant. vom Jahre 197: Hereditatem eius, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus iudicibus qui super ea re cognituri erunt de fide intentionis adlega. Quamuis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnouisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem uel bonorum possessionem admissum probaueris.

Die Stelle bereitet einige Schwierigkeiten, die hauptsächlich darauf beruhen, daß der Tatbestand, auf den die kaiserliche Belehrung Bezug nimmt, uns nicht vollständig mitgeteilt wird. So bedarf es denn nach dieser Richtung hin der Ergänzung, für die sich freilich verschiedene Möglichkeiten darbieten. Jedenfalls ist dabei aber die Schranke zu beachten, daß wir mit dem überlieferten Texte nicht in Widerspruch geraten.

Es tritt uns entgegen ein hereditatem petiturus. Dabei denkt Savigny Z. f. g. Rtsw. Bd. 6 S. 260 an eine hereditatis petitio possessoria. Das wäre möglich. Nach

Ubbelohde, Forts. Bd. 1 S. 148 soll es gleichgültig sein, 'ob der anfragende praeteritus als suus die hereditatis petitio directa oder als emancipatus die hereditatis petitio possessoria anzustellen habe'.

Das iudicibus versteht Ubbelohde von centumuiris und folgert S. 150 Anm. 99: daß die Hundertmänner 'auch für die hereditatis petitio des praeteritus, m. a. W. für die endgültige Entscheidung über das s. g. formelle Noterbenrecht, zuständig gewesen sind'.

Es läßt sich dieses iudicibus aber auch in Verbindung bringen mit dem liber de septemuiralibus iudiciis des Paulus, dem die Bruchstücke 7. 28. 31 de inofficioso 5, 2 entlehnt sind. Diese Siebenmänner hat Eisele Z. R.G. Bd. 28 S. 283 flg. schon in Beziehung gesetzt zu der von ihm ermittelten Kognitionsquerel, die sich etwa zu Anfang der Kaiserzeit neben der Centumviralgerichtsbarkeit auf dem Gebiete des lieblosen Testamentes entwickelt hatte.

Was nämlich die Zuständigkeit dieser iudices anbetrifft, so scheint mir Ubbelohde unserer Stelle nicht vollkommen gerecht geworden zu sein. Wir haben es hier zu tun mit einem hereditatem petiturus, also mit jemand, der eine hereditatis petitio erst anstellen will. Andererseits ist eine Klagebehauptung schon aufgestellt, wegen deren Glaubwürdigkeit dem Kläger aufgegeben wird, das Erforderliche beizubringen: de fide intentionis adlega. Diese Klagebehauptung wird uns auch mitgeteilt. Der Kläger behauptet, Sohn des Testators zu sein: quem patrem tuum fuisse dicis.

Es handelt sich also zunächst um einen Vorbescheid. Das Siebenmännergericht, wenn ein solches anzunehmen, soll darüber entscheiden: ob der Kläger dafür genügende Beweise beibringen kann, daß er ein Sohn des Testators ist.

Man könnte freilich das super ea re neben cogniturі auf die Erbschaftsklage beziehen wollen. Dem dürfte aber einigermaßen im Wege stehen das petiturus. Wir haben hier nicht vor uns einen hereditatem petens, wie z. B. Iul. fr.

13 pr. de b. p. c. t. 37, 4 ihn uns darbietet. An sich läßt sich ja das super ea re ebensogut mit dem de fide intentionis in Beziehung setzen. Auch betrifft das super ea re die Erbschaftsklage insofern mit, als mittelbar über die Zulässigkeit dieser Klage durch den Ausspruch über die Sohneseigenschaft mitentschieden wird.

Die Sache liegt demnach ganz ähnlich wie bei der Kognitionsquerel betreffend das lieblose Testament. Zunächst haben wir hier ein pronuntiare contra testamentum und damit ein testamentum ipso iure rescissum: Ulp. fr. 8 § 16 de inoff. 5, 2. Nunmehr kann also eine hereditatis petitio angestellt werden. Vgl. Eisele S. 280 flg.; H. Hellwig, Erbrechtsfeststellung S. 60 flg.

Die Zuständigkeit des Siebenmännergerichtes betreffend das lieblose Testament soll sich nach Eisele S. 284 auf diejenigen Querelfälle erstreckt haben, 'welche wegen des Wohnsitzes des Beklagten in Rom bzw. Italien vor das Centumviralgericht gehört haben würden, sich aber für dieses Gericht deshalb nicht eigneten, weil der Kläger bloß prätorischer Intestaterbe war'.

Mit einem bonorum possessor haben wir es auch in unserm Falle zu tun, und zwar mit einem vermeintlichen Sohne, der, weil übergangen im Testamente des Vaters, sich zur b. p. c. t. bekannt, d. h. sie nachgesucht hat. Ein bloß prätorischer Intestaterbe wird das aber kaum sein. Ob wir indes gerade so scharf die Grenzlinie beim lieblosen Testament zu ziehen haben, ist keinenfalls sicher.

Eine weitere Parallele bietet die intentio dar. Der Ausdruck findet sich auch sonst für Klageansprüche, die einen Vorbescheid bezwecken: vgl. z. B. Mod. fr. 47 de her. pet. 5, 3. Insonderheit verhält sich dies so mit der Kognitionsquerel betreffend das lieblose Testament.

Dies beweist eine Stelle, die auch sonst in diesen Zusammenhang gehören könnte, und deshalb gleich hier näher besprochen werden soll. Pap. fr. 14 de inoff. test. 5, 2:

Pater filium emancipauit et nepotem ex eo retinuit; emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis patre praeterito uita decessit. In quaestione de inofficiosi testamenti praecedente causa filiorum patris intentio adhuc pendet; quodsi contra filios iudicetur, pater ad querellam uocatur et suam intentionem implere potest.

Der Fall ist dieser. Ein emanzipierter Sohn, um dessen Testament es sich handelt, hat zwei Söhne: der eine ist in des Großvaters Gewalt zurückgeblieben, der andere erst nach der Emanzipation erzeugt. Beide Kinder gehen als Intestaterben und Pflichtteilsberechtigte dem Vater vor. Jedoch läßt Papinian des übergangenen Vaters Querel noch zu, wenn gegen die Kinder entschieden worden.

Es steht zur Frage die Sukzession in die Querel. Darüber besitzen wir nur zwei Stellen: außer dieser noch Paul. fr. 31 pr. de inoff. test. 5, 2. Die letztere ist entnommen dem liber singularis de septemuiralibus iudiciis, steht mithin in Beziehung zur Kognitionsquerel. Dasselbe wird für unsere Stelle anzunehmen sein.

Für die Querelberechtigung des Vaters wäre in Betracht zu ziehen sowohl seine Eigenschaft als parens manumissor wie als Kognat. Hier entstehen nun Schwierigkeiten, deren man auf verschiedene Weise hat Herr zu werden gesucht. Vgl. darüber Unzner, Die querela inoff. test. S. 117 flg. Als Agnat scheint der Vater ausgeschlossen zu sein, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est: Ulp. 26, 5; und als Kognat ist er nicht der nächste Intestaterbe.

Schröder, Noterbenrt. S. 462 ist der Ansicht: 'daß der Anstoß zu der ausgedehnten Zulassung der Sukzession bei der Querel wohl von der b. p. c. t. des Patrons ausgegangen ist'. In dieser Hinsicht bemerkt nun Gajus III, 41 von den Kindern des Freigelassenen: exheredati nullo modo repellunt patronum. Warum sollte also nicht auch der Vater eines emanzipierten Sohnes von diesem enterbte Kinder zurückgedrängt haben?

Wenn die Kinder als Pflichtteilsberechtigte zurückgewiesen werden und der Vater statt ihrer zur Querel berechtigt erscheint, so können sich die Kinder ihrem Großvater gegenüber nicht wieder als Intestaterben in den Weg stellen wollen. In der Zurückweisung vom Pflichtteil liegt gleichzeitig der Ausspruch: die Enterbung war eine gerechtfertigte. Und diese gerechtfertigte Enterbung ist zugleich eine Voraussetzung mit für das Pflichtteilsrecht des Großvaters: insofern kann also von Intestaterbrecht der Enkelkinder keine Rede sein.

Jedenfalls wird es sich hier um einen bonorum possessor handeln: ein Umstand, der uns ebenfalls auf die Kognitionsquerel hinweist. Und diese Kognitionsquerel wird gedient haben zur Vorbereitung der possessorischen hereditatis petitio.

Ich kehre zurück zu unserer Stelle.

Jemand, dessen Sohneseigenschaft zweifelhaft, hat die Kaiser Severus und Antoninus um Rechtsbelehrung angegangen. Die antworten ihm: bereite nur ruhig die hereditatis petitio vor und mache vor den Richtern, vielleicht den septemuiri, die Glaubhaftigkeit Deines Vorbringens geltend, daß Du ein Sohn des Verstorbenen seiest; denn wenn Du auch als Uebergangener um Erteilung der b. p. gebeten hast, so wirst Du dadurch doch nicht mittels des Interdiktes quorum bonorum anders Besitzer werden können, als bis Du ein Zweifaches nachgewiesen hast: Sohneseigenschaft und Zulassung zur Erbschaft bzw. b. p.

Der Antragsteller scheint mehr Lust gehabt zu haben zum quorum bonorum, als zur Vorbereitung einer hereditatis petitio. Davon wird ihm abgeraten, und dies begründet mit den Beweisen, die er dann zu führen hätte.

Das fällt auf. Und man begreift, wie Savigny, Z. f. gesch. Rtsw. Bd. 5 S. 5, Bd. 6 S. 259 flg. dazu kommen konnte, in dieser Stelle eine Hauptstütze für seine Ansicht zu erblicken, daß das quorum bonorum keine bloß provisorische Wirkung habe. Nun läßt sich diese provisorische Wirkung in gewisser Weise aber nicht leugnen: vgl. Leist, Bon. Poss.

Bd. 2 Abt. 2 S. 166 flg.; Forts. Bd. 2 S. 403 flg.; Girard-von Mayr S. 990 flg. Das zeigt schon allein die b. p. sine re. Aber wie erklärt sich denn diese Stelle?

Es muß mit derselben eine besondere Bewandtnis haben. In dieser Beziehung ist oben unter 3 bei Erklärung von Paul. fr. 5 § 1 de his quae ut ind. 34, 9 bereits der Hadrianschen Besitzeinweisung gedacht. Es kann einer solchen Besitzeinweisung gegenüber das quorum bonorum doch nicht in alter Weise zur Anwendung gekommen sein. Die Gebiete beider Provisorien werden irgendwie gegeneinander eine Abgrenzung gefunden haben. So ist denn auch schon Ubbelohde, Forts. Bd. 1 S. 147 dazu gelangt, das Verständnis unserer Stelle von dem Standpunkte aus zu suchen, daß 'wir uns als Gegner des Fragestellers eben den immittierten oder immissionsberechtigten scriptus denken'.

Also ein solcher Gegner ist vorauszusetzen. Und von dem Antragsteller, der das quorum bonorum ihm gegenüber gewinnen will, wird folgender Beweis verlangt.

Einmal muß er seine Sohneseigenschaft beweisen: also ganz dasselbe, was Gegenstand des Beweises bei der Kognitionsquerel sein würde.

Sodann ist die bloße Anerkennung, das Gesuch der b. p. nicht genügend; es muß hinzukommen: si . . ad hereditatem uel bonorum possessionem admissum probaueris. Diese Worte sind bisher nicht richtig gedeutet.

Den Weg zum Verständnis hat man sich zunächst dadurch verlegt, daß man die neben der b. p. bzw. dem bon. possessor gebrauchten Zeitwörter nicht scharf genug auseinandergehalten hat. Hier wie anderswo. So erklärt z. B. Leist, Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 1 S. 311 Anm. 6 die Ausdrücke agnoscere, petere und dare b. p. für völlig gleichwertig. Das trifft entschieden nicht zu. Petere heißt 'bitten', agnoscere 'anerkennen', beides weist hin auf die Tätigkeit des Antragstellers; dare hingegen ist ein Ausdruck für die Tätigkeit des Prätors. Richtig ist allerdings, daß in sehr vielen Fällen die Erteilung der b. p.

sich von selber verstand, wenn nur das betreffende Gesuch rechtzeitig gestellt war. So erscheint denn das petere bzw. agnoscere b. p. dem dare b. p. gegenüber als die Hauptsache; und daher erklärt sich, daß diese Ausdrücke auch gleichwertig gebraucht werden können. Das ändert nur nichts an der Grundbedeutung. So ist z. B. gleich c. 2 quor. bon. vom Jahre 294 dem petere b. p. gegenübergestellt ein quaerere successionem. Und diese Grundbedeutung tritt da von selber wieder hervor, wo die Erteilung der b. p. gar keine so selbstverständliche Sache war. Dies gilt insonderheit auf dem Gebiete der b. p. c. t.: vgl. Ulp. fr. 3 §§ 15. 16 de b. p. c. t. 37, 4.

In unserer Stelle ist sogar ein Dreifaches zu unterscheiden. Das agnoscere bezieht sich auf das Gesuch, das ad b. p. admittere auf die Bewilligung durch den Prätor, das bon. possessor constitui auf den Besitzerwerb.

Am meisten ist herumgedeutelt an dem ad hereditatem admittere. Schon Cujas zum Titel quorum bonorum Bd. 9 Sp. 1075 Mutinae 1781 erklärt hereditatem uel bonorum possessionem in folgender Weise: illud 'uel' est adiectum ἐκ τοῦ παραλλήλου, comme s'il vouloit dire, id est, ut in hereditatis intellegeremus bonorum possessionem. Und darüber scheint man nicht hinausgekommen zu sein. Wenigstens gehen ähnlich zu Werke Vangerow, Pand. Bd. 1 [7] § 509 Anm. 2 S. 362 flg. und neuerdings Ubbelohde, Forts. Bd. 1 S. 149.

Auf diese Weise wird einfach das ad hereditatem admissum gestrichen und an die Stelle einer Zweiheit eine Einheit gesetzt. Wie das ad bonorum possessionem auf eine Verfügung des Prätors hinweist, so ist auch das ad hereditatem admissum von einer solchen Verfügung zu verstehen. Es fragt sich also nur, wie wir uns eine solche Verfügung zu erklären haben.

Man streitet darüber: ob und inwiefern der heres als solcher das Interdikt quorum bonorum hatte, oder ob und inwiefern dasselbe auch vom heres immer durch Erbittung der

b. p. bedingt war. Sicherlich hat Leist im allgemeinen recht, wenn er vom heres noch nach Justinianschem Recht, um zu diesem Rechtsmittel zu gelangen, Erbittung der b. p. fordert.

Die Regel hatte indes ihre Ausnahmen. In dieser Beziehung führt Leist, Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 2 S. 127 flg., Forts. Bd. 2 S. 314 schon selber an c. 1 C. Th. de leg. her. 5, 1 vom Jahre 321 und c. 1 C. Th. de cret. uel b. p. 4, 1 vom Jahre 426. Es ist mir indes fraglich, ob mit Recht. Eher dürfte schon c. 19 C. I. de test. 6, 23 vom Jahre 413, worauf Leist ebenfalls Bezug nimmt, hierher gehören. Vor allen Dingen machte aber der suus eine Ausnahme, die Leist freilich nicht anerkennt, und die jetzt näher zu begründen ist.

Schon Scävola fr. 10 de coll. bon. 37, 6 wollte bereits für die Zwecke der Kollation beim suus von Erbittung der b. p. Abstand genommen wissen. Und diese Ansicht Scävolas hatte, wie aus der angeführten Stelle gleichfalls hervorgeht, wieder zu ihrer Voraussetzung: daß einem suus gegenüber, der sich im Besitz der Erbschaft befand, das quorum bonorum so weit versagte, als es versagt hätte, wenn die b. p. von ihm erbeten wäre.

Vor allen Dingen haben wir uns abzufinden mit Paul. coll. 16, 3 § 5 = sent. 4, 8 § 5. Die Stelle ist uns in dieser Gestalt überliefert: Qui sui heredes sunt, ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur . . quibus bonorum possessionis (possessiones) propter praetoriam actionem non erat necessaria (necessariam).

Die Ueberlieferung ist nicht fehlerfrei.

Pithoeus schiebt ius ein hinter quibus, setzt am Schlusse necessarium und ändert erat in erit.

Blume streicht von possessionis die letzte Silbe nis und schließt mit erit necessaria.

Mommsen mit Vangerow erweitert dieses nis zu nisi. Ebenso Huschke. Und dieses nisi hat schon Löhr Magazin von Grolmann und Löhr Bd. 3 S. 306 Anm. 1.

So wie Pithoeus und Blume den Text gestaltet haben, wäre der Sinn: die sui heredes brauchen die b. p. nicht wegen der praetoria actio, diese Klage steht ihnen also ohnedies zu.

Nach Mommsen war die b. p. nur wegen der praetoria actio notwendig.

Zur Erläuterung wird herangezogen Gai. III, 34: wonach die b. p. für heredes sui lediglich insofern Nutzen habe, als sie sich des quorum bonorum bedienen könnten.

Mir ist zweifelhaft, ob mit der praetoria actio überhaupt das quorum bonorum gemeint sein sollte. Im allgemeinen werden die Interdikte auf diese Weise nicht bezeichnet. Vgl. Iul. fr. 24 § 1 com. diu. 10, 3; Gai. IV, 71; fr. 65 § 9 ad S.C. Treb. 36, 1; Paul. fr. 26 § 2 de nox. act. 9, 4; c. 13 pr. quod cum eo C. I. 4, 26 = c. 1 C. Th. 2, 31 vom Jahre 422; Gai. Aut. 102. 104. Wo in den Digesten ein klassisches Interdikt actio genannt wird, ist dies nach Albertario stets Interpolation: siehe Mitteis Z. R. R. Bd. 46 S. 640. Mit praetoria actio hätte auch gemeint sein können die possessoria hereditatis petitio.

Was aber die Hauptsache. Das erat, das alle Handschriften bringen, weist uns hin auf die Vergangenheit: es war einmal so, daß die sui heredes wegen der praetoria actio die b. p. nötig hatten.

Und daß sich hier eine Rechtsänderung vollzogen hat, zeigt eine Vergleichung von Gai. III, 34 mit I. I. III, 9 § 1. Gerade der entscheidende Satz quibus casibus . . proponemus ist in den Institutionen Justinians fortgelassen.

Auch dafür fehlt es nicht an einem weitern Zeugnisse, daß diese Rechtsänderung schon zur Zeit des Paulus eingetreten war. Es heißt bei Paul. fr. 7 de inoff. test. 5, 2: et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis superuacua sit.

Die Stelle ist entlehnt dem liber singularis de septemuiralibus iudiciis. Wir werden also hingewiesen auf ein Verfahren vor dem Siebenmännergericht. Das wäre für die

Erläuterung unserer c. 1 um so bedeutsamer, wenn unter den iudicibus, denen wir hier begegnen, wie ich vermute, ebenfalls Siebenmänner zu verstehen sein sollten.

Damit wären wir bei unserer Codexstelle wieder angelangt. Und es ist nach diesen Vorbereitungen vielleicht möglich geworden, dem kaiserlichen Bescheide in seiner Gesamtheit ein Verständnis abzugewinnen.

Jemand behauptet, Sohn eines Testators zu sein, der ihn im Testament übergangen habe. Auf bloße Behauptung einer Sohneseigenschaft hin kann begreiflicherweise niemand erwarten, daß ihm eine Erbschaft ausgeliefert werde. Vor allen Dingen muß die Sohneseigenschaft nachgewiesen sein, was in einem Vorverfahren zu erledigen. In dieser Beziehung kam nach c. 9 de patria pot. 8, 46 vom Jahre 294 zur Anwendung ein praeiudicium edicto perpetuo propositum: vgl. darüber Lenel, Ed.[2] S. 301 flg.

Ein solches Vorverfahren ist denn von dem Betreffenden als einem hereditatem petiturus auch eingeleitet; und ebenso hat er um die b. p. c. t. nachgesucht, ohne daß er sie erhalten hätte. Da die Sohneseigenschaft erst nachzuweisen und einer Emanzipation nicht gedacht wird, werden wir dabei an einen suus zu denken und den emancipatus auszuschalten haben.

Die Person des Zubeklagenden wird uns nicht näher geschildert. Wir werden aber annehmen dürfen, daß dies der eingesetzte Erbe war, der bereits den Besitz der Erbschaft erlangt hatte, vielleicht auf Grund einer Besitzeinweisung.

Das hereditatem petiturus können wir an sich sowohl mit der gewöhnlichen wie der possessorischen hereditatis petitio in Verbindung bringen. Da aber der Klagenwollende sich schon selber um die b. p. bemüht hat, liegt es näher, an die possessoria hereditatis petitio zu denken.

Diese verlangt bei der b. p. c. t., wie aus Julian fr. 13 pr. de b. p. c. t. 37, 4 sich ergibt, eine Bewilligung durch den Prätor. Dies geschah nach Leist, Forts. Bd. 2 S. 160 in der Gestalt: bonorum possessio data est. Dafür ist indes

keineswegs beweisend die Berufung auf Prob. Eins. 33 P.D.E. = possessio data est; vgl. hierzu Lenel, Ed.[2] S. 436. Nach Danz, Gesch. d. röm. Rts. Bd. 2[2] bemerkte der Prätor unter das überreichte Gesuch: do bonorum possessionem. Auf alle Fälle wird der Ersuchende zu seiner Legitimation eine Urkunde erhalten haben, wie dies auch Leist annimmt.

Mit der agnitio bonorum possessionis hat man in Verbindung gebracht Pap. Amherst II n. 72 = Bruns-Gr.[7] n. 125 = Girard, Textes[4] S. 809 vom J. 246 Zle. 8—10: ἧς κληρονομίας φθάσασα διεπεμψάμην τῷ λαμπροτάτῳ ἡγεμόνι Οὐαλερίῳ Φίρμῳ τὴν διακατοχήν. Vgl. Mitteis, Z. R.G. Bd. 35 S. 198 flg.; Grundzüge S. 247. Diese διακατοχή wäre wohl eine Urkunde über die Gewährung der b. p.

Eine solche Urkunde, freilich in verstümmelter Gestalt, bietet uns dann dar Pap. Gießen Inv. Nr. 40. Vgl. darüber Eger Z. R.G. Bd. 45 S. 378 flg.; Girard, Textes[4] S. 810 aus dem J. 249.

1. Hand Zle. 4—7 Rogo domine des mihi bonorum possessionem matris meae . . . ex ea parte edicti qua(e legi)timis heredibus b. p. daturum te polliceris.

4. Hand Zle. 12 (do b. p.) ex edicto recogn(o)ui.

Nun haben wir gesehen, daß ein suus, mit dem wir es hier zu tun haben, eine b. p. zwar erbitten konnte, dies aber nicht nötig hatte. In solchen Fällen indes, wo der Prätor die b. p. besonders bewilligen mußte, wird auch der suus einer Legitimationsurkunde bedurft haben, etwa in der Fassung: ad hereditatem admissus es.

Unser hereditatem petiturus hat in einem Vorverfahren einmal zu beweisen seine Sohneseigenschaft. Sodann setzt die possessoria hereditatis petitio voraus, daß ihm die b. p. c. t. vom Prätor bewilligt war. Diesen Beweis kann er erbringen durch eine Urkunde, die lauten mochte ad hereditatem admissus es bzw. ad bonorum possessionem admissus es oder in ähnlicher Weise.

Dem hereditatem petiturus mag dieses Verfahren etwas langwierig vorgekommen sein. Er wünscht zu wissen, ob er mit dem quorum bonorum nicht rascher zum Ziele käme. Darauf antworten die Kaiser: hier hast Du jedenfalls in bezug auf die Hauptpunkte dasselbe zu beweisen. Verfolge also ruhig die Erbrechtsklage weiter. Wenn er damit durchkam, wären doch nicht bloß Besitzesverhältnisse, sondern Erbrechtsverhältnisse endgültig zu seinen Gunsten entschieden.

Aehnlich heißt es vom quorum bonorum in den sog. glossae nomicae Otto thes. III Sp. 1745: ὁ δὲ πατρῷα πράγματα ἐκδικῶν πρῶτος ὀφείλει δεικνύειν ὅτι υἱός ἐστι καὶ ἁρμόζει αὐτῷ ἡ διακατοχή.

Der Urheber des kaiserlichen Bescheides könnte Papinian gewesen sein. Darauf hat schon Ubbelohde hingewiesen. So erklärt sich die gedrängte Kürze.

Ferner macht Ubbelohde auf eine sprachliche Eigentümlichkeit Papinians aufmerksam. Das enim 'begründet die Notwendigkeit des vorhergehenden Satzes eben mit der Unstatthaftigkeit des durch dieses enim eingeleiteten Satzes für den konkreten Fall. Das Reskript sagt m. a. W.: die geeignete Klage ist die hereditatis petitio, denn das quorum bonorum ist nicht geeignet'. Eine Reihe von Belegen hat Ubbelohde zusammengestellt ArchCivPrax. Bd. 65 S. 462 flg.; Forts. Bd. 1 S. 147 Anm. 97.

5. Eine gewisse Verwandtschaft mit der zuletzt besprochenen Stelle verrät ein Erbschaftsstreit aus dem Jahre 383 n. Chr., worüber uns Kunde gibt Symm. rel. 16 und mit dem sich eingehend beschäftigt hat Kipp in Festgabe für Windscheid S. 67 flg. Es heißt hier: Nam cum inter proximos Euphasii c(larissimae) m(emoriae) uiri itemque heredes scriptos, qui olim beneficio praetoris corporibus defruuntur, super testamenti iure actio uerteretur et sententiam de possessione inpatienter exigerent, quibus ab intestato bonorum possessio minime conpetebat, quia heredibus scriptis secundum tabulas docebatur indulta, Priscianus

et Polemonianus ad denuntiationem dilato negotio prouocarunt.

Euphasius, ein Mann senatorischen Standes, hatte ein Testament errichtet. Die eingesetzten Erben sind längst im Besitz der Erbschaftssachen auf Grund einer b. p. s. t., die ihnen der Prätor gewährt hatte. Die nächsten Verwandten fochten das Testament aus irgendeinem Grunde an. Sie haben eine Erbrechtsklage erhoben und fordern ungeduldig eine Endentscheidung über den Besitz.

Kipp nimmt an, daß hier das quorum bonorum mit der h. p. verbunden sei: S. 72; und daß ein anderes Besitzrechtsmittel als das quorum bonorum nach Lage der Sache gar nicht in Betracht kommen könne: S. 86.

Der Tatbestand in dieser Beziehung ist folgender. Die eingesetzten Erben haben die b. p. s. t. erhalten und befinden sich schon lange im Besitz, während den Klägern eine b. p. ab intestato nicht zusteht.

Kipp S. 90 hält freilich auch eine andere Auffassung für möglich: das indulgere bedeute so viel wie agnoscere. Dem muß ich widersprechen. Indulgere 'gewähren' ist so viel wie dare. Während wir es beim agnoscere mit dem Antragsteller zu tun haben, weist uns das indulgere wie das dare auf die Tätigkeit des Prätors hin: davon war schon oben S. 263 die Rede.

Uebrigens stände der Tatbestand, wie angegeben, der Anstellung eines quorum bonorum gar nicht im Wege, wie Kipp ebenfalls annimmt. Darum konnten die Kläger vor Gericht immerhin behaupten, daß die Voraussetzungen dieses Interdiktes gegeben seien. Allerdings hätte dazu große Dreistigkeit gehört. Doch daß die Kläger eine gute Portion dieser Eigenschaft besaßen, davon werden wir sie auf alle Fälle nicht freisprechen können.

Trotzdem ist kein quorum bonorum angestellt. Dies ergibt die Ablehnung des Besitzanspruches durch bloßen Zwischenbescheid. Ein quorum bonorum hätte durch Endurteil, sen-

tentia, zurückgewiesen werden müssen. Hierfür spricht namentlich c. 22 C. Th. quor. app. non rec. 11, 36 vom Jahre 374, wie Kipp S. 88 selber nachgewiesen hat.

Kipp S. 89 möchte die Korrektheit des Verfahrens bezweifeln. Ich glaube nicht, daß wir dazu Ursache haben. Von den Klägern wird nicht die gewöhnliche h. p., sondern die possessoria h. p. angestellt sein. Diese beruhte auf der Voraussetzung einer b. p. oder doch deren Möglichkeit. Dieser Punkt mußte zunächst untersucht werden und fand seine Erledigung durch den Ausspruch: ab intestato bonorum possessio minime competebat. Es handelt sich hier um ein Vorverfahren, das füglich durch einen Zwischenbescheid seine Erledigung finden konnte.

Ein anderer Bestandteil dieses Zwischenbescheides steckt in den Worten ad denuntiationem dilato negotio. Diese Worte sind schon von Kipp S. 86 ganz richtig zu der h. p. in Beziehung gesetzt worden. Von einer b. p. ab intestato kann keine Rede sein. Damit ist die Grundlage der possessoria h. p. verneint. Die Klage läßt sich aber halten als gewöhnliche h. p. Zum Fortgang der Sache war dann die Einleitung des Denuntiationsverfahrens notwendig.

Bei Erklärung der fraglichen Worte entsteht für Kipp noch ein Bedenken: ob das quorum bonorum damals nicht auch noch die Litisdenuntiation erforderte. Allerdings ist durch c. 6 C. Th. de den. 2, 4 vom Jahre 406 die Denuntiation für quodlibet interdictum beseitigt worden. Bis dahin könnte es sich aber mit dem quorum bonorum anders verhalten haben.

Von meinem Standpunkte aus möchte man noch Anstoß nehmen wollen am sententiam de possessione inpatienter exigerent. Die Verwandten verlangen eine Endentscheidung über den Besitz. Wären die Voraussetzungen der possessorischen h. p. vorhanden gewesen, so hätte auch wohl eine Endentscheidung erfolgen können. Andererseits dürfte indes vom Standpunkte einer gewöhnlichen h. p. aus der Zwischenbescheid sich rechtfertigen lassen.

36. Schluß. Bonorum possessio sine re und possessoria hereditatis petitio.

I. Zusammenstellung.

Beim Erwerb einer b. p. sind verschiedene Stufen und Möglichkeiten auseinanderzuhalten. Es verhält sich damit ähnlich wie mit Durchführung einer Klage.

Vor allen Dingen bedarf es eines Antrages. Diesen kann der Prätor unter Umständen ablehnen, wie er ja auch befugt ist, eine Klage zu verweigern. Z. B. der Testator war kein römischer Bürger, oder Haussohn, oder ihm fehlte aus einem andern Grunde die Testierfähigkeit. Vgl. II, 147; Ulp. fr. 1 § 8 de b. p. s. t. 37, 11 und dazu Erkl. 31.

In andern Fällen wird die Bewilligung einer b. p. keine Schwierigkeiten bereitet haben, wenn der Antrag den Erfordernissen des Edikts entsprach, wie ja unter dieser Voraussetzung auch Klagen ohne weiteres zugelassen wurden.

Derjenige, welchem die b. p. erteilt, war in der Lage, sich mittels quorum bonorum den Besitz der körperlichen Erbschaftssachen zu verschaffen: III, 34. Damit drang er nach IV, 144 sogar dem wirklichen heres gegenüber durch. Aber dieser Erbe war unter Umständen befugt, sich mittels gewöhnlicher Erbrechtsklage den Besitz der Sachen wieder zu verschaffen; ihm war gestattet, auocare, euincere hereditatem: II, 148. 149; III, 36. 37.

Das sind die Fälle der b. p. sine re.

In dieser Hinsicht verschaffte sich einmal ein nach allen Regeln des Zivilrechtes errichtetes Testament in jeder Beziehung Geltung, und ebenso stand der gesetzliche Zivilerbe da: II, 149.

Infolge eines Antoninschen Reskriptes hat indes der in einem unvollkommenen Testamente eingesetzte Erbe Agnaten gegenüber, welche die Erbschaft vindizieren, eine exceptio doli mali erhalten: II, 120. 149[a]. Damit ist seine b. p. s. t., die einmal sine re war, zu einer b. p. cum re geworden.

Andererseits konnte der b. possessor nach I. I. IV, 15 § 3 gegen den wirklichen heres nicht durchdringen. Der heres hatte also nicht erst nötig, zu einem auocare, euincere hereditatem seine Zuflucht zu nehmen, um auf diese Weise den Besitz des b. possessor zu einer b. p. sine re zu gestalten.

Ebenso dient die possessorische hereditatis petitio dem Zwecke, eine einmal erteilte b. p. aufrecht zu erhalten. Wer demnach mittels dieser Klage in den Besitz einer Erbschaft gekommen ist, braucht sie nicht wieder herauszugeben.

Eine Anstellung bzw. Vorbereitung dieser Klage ist uns in folgenden Beispielen entgegengetreten.

Ein emanzipierter Sohn, dem die b. p. c. t. bewilligt, kann den nach Zivilrecht eingesetzten Erben nicht bloß auf Herausgabe der Nachlaßsachen, sondern auch darauf belangen, daß ihm Grundstücke und Sklaven manzipiert werden: Iul. fr. 13 pr. de b. p. c. t. 37, 4.

Ein Unmündiger stützt die possessorische hereditatis petitio auf eine b. p. Carboniana. Einer solchen Klage wäre nach Julian eine dilatorische exceptio entgegenzusetzen, und so der Kläger zu veranlassen, sich der gewöhnlichen hereditatis petitio zu bedienen: Ulp. fr. 3 § 13 de Carb. ed. 37, 10.

Kognaten, welche ein Testament angreifen, können an und für sich die possessorische hereditatis petitio benutzen; aber wegen der Erbsteuer ist sorgfältig zu prüfen, ob deren Durchführung nicht zu verhindern ist: Paul. fr. 5 § 1 de his quae 34, 9.

Ein suus, dessen Sohneseigenschaft bestritten war, hat als hereditatem petiturus in einem Vorverfahren einmal seine Sohneseigenschaft zu beweisen; sodann setzt die possessorische hereditatis petitio voraus, daß ihm die b. p. c. t. vom Prätor bewilligt war: c. 1 quor. bon. 8, 2 vom Jahre 197.

Ein emanzipierter Sohn hat seine Kinder enterbt und den Vater übergangen. Derselbe kann nach Pap. fr. 14 de inoff. test. 5, 2 durch eine Kognitionsquerel als b. possessor die possessorische hereditatis petitio vorbereiten.

Verwandte greifen mit der possessorischen hereditatis petitio ein Testament an und verlangen eine Endentscheidung über den Besitz; die b. p. ab intestato wird indessen als nicht zustehend bezeichnet, minime conpetebat, und die Klage als gewöhnliche hereditatis petitio behandelt: Sym. rel. 16 vom Jahre 384.

II. Die Auffassung von Leist.

Nach Leist, Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 2 S. 51 flg., Forts. Bd. 2 S. 289 flg. soll erst Diocletian die possessorische hereditatis petitio eingeführt haben, und zwar 'unter dem Namen successionis uindicatio'.

Bemerkenswert ist allerdings, daß wir für eine erbrechtliche Klage einer uindicatio successionis bzw. einem successionem uindicare und ähnlichen Ausdrücken in Diocletianschen Konstitutionen mehrfach begegnen.

So bezieht sich in c. 4 qui admitti 6, 9 vom J. 293 oder 294 uindicationem successionis; in c. 2 unde leg. 6, 15 vom Jahre 290 wie c. 2 de succ. ed. 6, 16 vom Jahre 294 und c. 5 comm. de succ. 5, 59 vom J. 294 successionem uindicare auf eine b. p. Dagegen umfaßt in c. 8 de leg. her. 6, 58 vom J. 294 das substantiam uindicare sowohl die hereditas wie die b. p.; und ähnlich ist in c. 8 comm. de succ. 6, 59 vom Jahre 294 uindicare allgemein von einer testamentaria successio gesagt.

Daneben finden wir aber auch in c. 9 de pet. her. 3, 31 vom Jahre 294 ein hereditatis petitione uindicare, mag nun die Erbschaft honorario uel ciuili iure erworben sein. Und consultatio 6, 18 Ex corpore Hermogeniani tit. de successionibus vom J. 294 begegnen wir einem bona . . sollemniter petes auf Grund eines prätorischen Testamentes.

Man kann demnach Leist nur so viel zugestehen. In Diocletianschen Konstitutionen ist bei der b. p. von einem successionem uindicare die Rede. Zuweilen umfaßt dieses uindicare aber auch die hereditas. Daneben finden wir in-

dessen die hereditatis petitio bzw. das einfache petere bei der b. p.

Ein ausschließlicher Sprachgebrauch ist also das successionem uindicare bei Diocletian gar nicht einmal. Um so weniger dürfte der Schluß auf eine neue Rechtsbildung gerechtfertigt erscheinen.

Man könnte vielleicht einwenden: warum denn die neue Bezeichnung? In dieser Beziehung mag daran erinnert werden, daß Diocletian nicht, wie alle Vorgänger, seine Residenz in Rom nahm, sondern sich stets auf Reisen befand: ein Umstand, der vielleicht Einfluß gewann auf den kaiserlichen Kanzleistil. Ob der Sprachgebrauch der Provinzen sich schon Geltung verschaffte? Die Stelle mit dem hereditatis petitione uindicare bringt das Ortsdatum Nicomediae, einer Stadt Bithyniens. Und zu Bithynien scheint ja auch Gajus Beziehungen gehabt zu haben: Rtsgel. Gajus S. 9 flg.

Leist beruft sich weiter darauf: daß Gajus in seinen Institutionen und Ulpian in seinem liber singularis regularum über eine possessorische hereditatis petitio nichts berichten. Indessen Gajus hat auch an andern Stellen seiner Institutionen sich um das damals geltende Recht nicht gekümmert, und Ulpian in seinem liber singularis sich auch sonst vielfach nach Gajus gerichtet.

Sodann macht Leist als sachlichen Grund den geltend: daß mit dem Bestande einer allgemeinen her. pet. für den bonorum possessor der Rechtszustand der b. p. sine re absolut unvereinbar sei. Leist erklärt es für eine Undenkbarkeit: 'daß, seitdem dem b. possessor die successionis uindicatio gegeben war, es noch in seinem Belieben habe stehen können, sich das Interdikt auszusuchen und damit den Gegner zur Klägerrolle zu treiben'.

Demgegenüber ist zu bemerken: daß es allerdings auf seiten der b. possessores an Versuchen nicht gefehlt hat, sich statt der possessorischen hereditatis petitio des quorum bonorum zu bedienen, um rascher in Besitz zu kommen. Solchen

Versuchen wurde in der Weise entgegengetreten, daß man dem Beklagten beim quorum bonorum in einem gewissen Umfange bzw. unter gewissen Voraussetzungen dieselben Einreden gestattete, wie wenn er mit der possessorischen hereditatis petitio belangt wäre. Dies ist der Grundgedanke der vielbesprochenen c. 1 quor. bon. 8, 1 vom J. 191: siehe darüber Erkl. 35 unter 4.

Man kann demnach nicht sagen: daß die possessorische her. pet. die b. p. sine re ohne weiteres beseitigt habe; sondern nur: daß beim quorum bonorum dem Beklagten unter Umständen die Möglichkeit gewährt wurde, das Entstehen einer b. p. sine re in der Person des Klägers zu verhindern.

Ein Einfluß der possessorischen hereditatis petitio auf die b. p. sine re ist demnach keineswegs in Abrede zu stellen. Soweit die possessorische her. pet. reicht, kann die b. p. sine re wenigstens vermieden werden. Und dieser Umstand mag ihr allmähliches Verschwinden mitherbeigeführt haben.

Der Darstellung bei Gajus sieht man freilich noch nicht an, daß die b. p. sine re bereits damals ein im Absterben begriffenes Rechtsgebilde war. Gajus hat wieder einmal, wie das so seine Art, was er in seiner Vorlage vorfand, so stehen lassen. Und diese Vorlage wird bereits einer Zeit angehören, wo es eine possessorische her. pet. noch gar nicht gab.

Vielleicht hat Leist sich vor allen Dingen durch die Darstellung bei Gajus täuschen lassen und deshalb den Ursprung der possessorischen her. pet. erst in die Zeit von Diocletian verlegt.

Zudem bleibt fraglich: ob es eine allgemeine possessoria hereditatis petitio überhaupt gegeben habe. Nur so viel ist zuzugeben: daß die Bestimmungen hierüber, die vermutlich im Edikte des Prätors enthalten waren, etwas allgemein lauteten. Diesen Gedanken legt nahe Ulp. fr. 3 § 13 de Carb. ed. 37, 10. Zugleich ersehen wir aber aus dieser Stelle, daß man bemüht war, diese Allgemeinheit einzuschränken. Vgl. Erkl. 35 unter 2.

Ueberhaupt ist es Leist nicht gelungen, seine Ansicht mit den von mir Erkl. 35 näher erörterten Stellen in Einklang zu bringen, soweit er sie überall berücksichtigt. Das ist seinen Ausführungen auch schon entgegengesetzt worden von Lenel, Ed.[2] S. 176 und Ubbelohde, Forts. Bd. 1 S. 130.

Was die Echtheit des Digestentitels de possessoria hereditatis possessione und der beiden darin enthaltenen Bruchstücke anbetrifft, so wird sie von Leist seinem Standpunkte gemäß bezweifelt; selbst die Ueberschrift scheint Leist den Kompilatoren zuzuschreiben.

Ich bin eher geneigt, anzunehmen, daß die Ueberschrift sich schon vorfand in dem Kommentare des Gajus zum Provinzialedikt; dem auch das fr. 2 in der jetzigen Gestalt entlehnt sein könnte.

Das Ulpiansche Bruchstück dürfte hier freilich in einen andern Zusammenhang geraten sein. Ursprünglich hat es wohl dazu gedient, eine allgemeinere Erörterung einzuleiten, bei welcher Gelegenheit Ulpian für die possessoria hereditatis petitio Gajus schon mitbenutzt haben mag.

III. Verschwinden der b. p. sine re.

Das Verschwinden der b. p. sine re wird angebahnt sein durch Einreden, die man dem Beklagten gewährte.

Mit dem quorum bonorum drang der bonorum possessor einmal dem heres gegenüber durch, z. B. demjenigen gegenüber, der in einem vollkommen gültigen zivilen Testamente zum Erben eingesetzt war. Später versagt das quorum bonorum dem heres gegenüber. Mithin ist der eingesetzte Erbe in der Lage, den bonorum possessor zurückzuweisen. Es ist also ein Hin- und Hergeben der Erbschaft nicht nötig und damit dieser Fall der b. p. sine re abgewandt.

Bedient ein b. possessor, dem eine possessorische her. pet. zu Gebote stände, sich des quorum bonorum, so sollen dem Beklagten diesem Interdikte gegenüber in einem gewissen

Umfange die Einreden gewährt sein, die er dieser her. pet. gegenüber gehabt hätte.

Der in einem unvollkommenen Testamente eingesetzte Erbe hat durch ein Antoninsches Reskript Agnaten gegenüber eine exceptio doli mali erhalten.

Auf den Gegensatz beider Arten b. p. stoßen wir noch c. 25 de inoff. test. 3, 28 vom Jahre 301.

Eine Mutter, die ihrem Manne nicht zutraut, das Vermögen ordnungsgemäß zu verwalten, setzt ihre Söhne unter der Bedingung zu Erben ein, daß der Vater sie emanzipiere. Dies wird als ein vom Recht erprobter Weg bezeichnet, wie die Mutter sich vorsehen könne: ita posse consulere iure compertum est. Alles wäre ja auch schön und gut, wenn der Vater sofort nach dem Tode seiner Frau die Söhne emanzipiert und diese dann die b. p. hätte erwerben lassen. Statt dessen erwirbt aber der Vater die b. p., ohne die Bedingung zu erfüllen. Von dieser b. p. heißt es: patrem cum re accipere non uideri. Der Vater wird vermutlich die Söhne geheißen haben, die b. p. zu erbitten und diese dann durch die Söhne erworben haben.

Wie ist hier zu helfen? Eine inofficiosi actio steht den Söhnen nicht zu, da die Mutter keinenfalls lieblos handelte: quibus nullam iniuriam fecerit, sed potius putauerit prouidendum.

Mühlenbruch, Forts. von Glück Bd. 37 S. 420 meint, daß der Vater unter Umständen zur Emanzipation gezwungen werden könne: ohne sich freilich die Bedenken zu verhehlen, die sich diesem Auswege entgegenstellen.

Auch scheint die Stelle auf eine andere Lösung hinzuweisen. Von der b. p., die der Vater erlange, ist gesagt, daß sie nicht cum re sei. Also ist sie nur sine re: d. h. der Besitz muß wiederherausgegeben werden. Dies wird auch deutlich ausgesprochen: denn am Schlusse der Stelle heißt es: restituere debet.

Freilich ist an diesen Worten längst Anstoß genommen, da sie gar nicht in die Konstruktion der Stelle passen: vgl. Francke, Rt. der Noterben S. 427 Anm. 4. Paul Krüger möchte sie daher am liebsten ganz streichen.

Ich glaube eher: daß diese Worte echt sind, die Kompilatoren aber den kaiserlichen Bescheid nur unvollständig wiedergegeben haben.

Denn ohne diese Worte wissen wir ja gar nicht, was nun werden soll. Andererseits genügen diese Worte allein noch nicht. Solches Eigentum konnte damals nach römischem Recht ein in Gewalt befindliches Kind vom Vater nicht erwerben. Jedenfalls bedarf das restituere einer näheren Erläuterung.

In dieser Beziehung möchte ich zunächst hinweisen auf das Ortsdatum. Der kaiserliche Bescheid ist erteilt Antiochiae, im syrischen Antiochia. Wo das römische Recht nicht ausreicht, nützt uns vielleicht das Provinzialrecht, In dieser Beziehung käme dann das syrisch-römische Rechtsbuch in Betracht.

Dasselbe ist in seinen nichtrömischen Bestandteilen vorwiegend griechischen Ursprunges: Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 30. Dies gilt insonderheit vom Intestaterbrecht: vgl. L. §§ 1. 37. 102—104 und dazu Mitteis S. 313 flg. Uns interessiert vor allen Dingen die Beerbung der Mutter. Wie wir aus dem Stadtrecht von Gortyn VI, 31—46 ersehen, blieb das Muttergut zwar in väterlicher Verwaltung und Nutznießung, das Eigentum stand aber den Kindern zu. Dies altgriechische Recht ist dem römischen nicht gewichen, sondern hat sich ihm gegenüber behauptet und ist im Jahre 319 durch Kaiser Konstantin sogar zum Reichsrecht erhoben und als solches anerkannt: c. 1. c. 2 C. Th. de bon. mat. 8, 18; c. 1 C. I. 6, 60. Vgl. Mitteis S. 238 flg.

Die Diocletiansche Konstitution, mit der wir es hier zu tun haben, steht, rein zeitlich genommen, der Konstantinschen Gesetzgebung nicht allzu ferne. Und wir dürften um so eher berechtigt sein, auf dieses griechische Recht zurückzugehen, als

der kaiserliche Bescheid gerade an einen Griechen gerichtet ist, namens Μηνόδοτος.

Freilich hat in unserm Falle die Mutter testiert, aber damit das gesetzliche Erbrecht nur insofern beseitigt, als es dem Inhalt des Testamentes widerstreitet. Nun hat aber die Mutter die Söhne unter der Bedingung der Emanzipation zu Erben eingesetzt. Sie will also die Lage ihrer Söhne nicht verschlechtern, sondern noch verbessern.

Eine Schwierigkeit wäre damit gehoben. Um den Söhnen das Eigentum am Muttergut zu verschaffen, bedarf es nicht erst eines Rechtsgeschäftes mit dem Vater, das fällt ihnen von Rechts wegen zu.

Und was die b. p. anbetrifft, so wird sie einfach für sine re erklärt. Der Vater, der für sich am Muttergut kein Eigentum erwerben kann, wird auch nach dieser Richtung hin als Vertreter der Kinder betrachtet. Eine ähnliche Behandlung widerfuhr ihm schon bei Ulp. fr. 10 § 2 de b. p. c. t. 37, 4: vgl. dazu oben Erkl. 26 unter II, 2.

Der Vater muß das Muttergut an die Söhne herausgeben: restituere debet. Einer Emanzipation bedürfen wir wohl gar nicht. Es würde dann die Beerbung der Mutter in ähnlicher Weise behandelt sein, wie Justinian in nou. 117 c. 1 dies allgemein vorgeschrieben hat für Zuwendungen, die von der Mutter und andern an gewaltunterworfene Kinder erfolgen. Es wäre damit schon gegeben der Fall eines sog. aduenticium irregulare.

Leist, der den Wegfall der b. p. sine re mit der successionis uindicatio in Verbindung bringt, die uns in Diocletianschen Konstitutionen aus den Jahren 290. 293. 294 entgegentritt, gerät auf diese Weise auch mit unserer Stelle aus dem Jahre 301 in Widerspruch. Er will freilich Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 2 S. 71 Anm. 9ª diesen Widerspruch nicht zugeben: 'denn bei Potestativbedingungen, wie die in dieser Stelle erwähnte, wurde vor Erfüllung derselben gar keine b. p. sec. tab. erteilt'.

Nun ist aber in unserer Stelle ausdrücklich von einem bonorum possessionem patrem accipere die Rede: es wird nur verneint, daß sie nicht cum re sei. Was kann denn anders vorliegen als eine b. p. sine re?

Leist beruft sich auf Pomp. fr. 23 § 1 de her. inst. 28, 5, die so beginnt: Sed si bonorum possessionem non admittat, sed condicionem trahat. Hier wird demnach ein Doppeltes vorausgesetzt: der Erbe sucht weder nach um die b. p. noch erfüllt er die Bedingung. In unserer Codexstelle ist dagegen die b. p. sogar schon bewilligt, es handelt sich nur noch um die Bedingung, die vielleicht gar nicht erfüllt zu werden braucht. Außerdem hat es seine großen Bedenken, auf das fr. 23 § 1 einen so allgemeinen Satz zu stützen, wie von Leist geschehen, da hier die Einsetzung unter einer Potestativbedingung genau so behandelt wird, als wenn sie unter einer andern Bedingung geschehen wäre: siehe Dedekind, Deliberationsrecht S. 29.

Mir will es vorkommen, als hätte Leist sich ganz unnötige Schwierigkeiten dadurch bereitet, daß er den Wegfall der b. p. sine re mit der successionis uindicatio in Verbindung brachte.

Leist hat selber an verschiedenen Orten ausgeführt, daß die b. p. von Haus aus auf dem Imperium des Prätors beruhte: so z. B. Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 2 S. 68 flg. Der Prätor erteilt die b. p. Und derjenige, dem die b. p. erteilt worden, kann sich des quorum bonorum bedienen. Bei dieser Erteilung verfährt der Prätor nicht nach reiner Willkür, sondern läßt sich durch Vorstellungen leiten, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit darbieten, daß der Bittsteller die Erbschaft auch wohl behalten werde. Kommt es dann im einzelnen Falle zum Rechtsstreite und stellt sich vor den Richtern heraus, daß die Wahrscheinlichkeitsmeinung des Prätors diesmal nicht zutraf, so wird die Erbschaft dem Bittsteller von demjenigen, der sich als der Berechtigte auswies, wieder abgeholt: damit haben wir in der Person des Bittstellers die b. p. sine re.

Später braucht der Nachsuchende die b. p. nur noch anzuerkennen; es genügt eine bloße Anzeige vor der Behörde. Will er dann aber das quorum bonorum anstellen, so dringt er damit nicht ohne weiteres durch, sondern muß zugleich sein Erbrecht mindestens wahrscheinlich machen. Die b. p. sine re ist damit aufgegangen im neuen Interdiktenverfahren.

Wollen wir nun den Zeitpunkt feststellen, wann dieser Wegfall der b. p. sine re erfolgte, so ist es doch wohl das Einfachste: wir richten uns nach dem Datum derjenigen Konstitution, welche das Gesuch um Erteilung durch die bloße Anzeige ersetzte. Das ist eine Konstitution von Constantius c. 9 qui admitti 6, 9 vom Jahre 339. Wir können uns also vollständig beruhigen bei der b. p. sine re, die wir noch im Jahre 301 bei Diocletian angetroffen haben.

Die Kompilatoren mußten natürlich von ihrem Standpunkte aus bemüht sein, die b. p. sine re möglichst auszumerzen. Es haben sich aber auch sonst Spuren von derselben in den Justinianschen Rechtsbüchern erhalten.

Leist, Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 2 S. 229 flg. macht in dieser Beziehung aufmerksam auf Pap. fr. 95 § 8 de sol. 46, 3: quantum, si quilibet alius bonorum possessor ei solueret, liberaret heredem; ferner auf Ulp. fr. 11 pr. de her. pet. 5, 3: sed enim et bonorum possessor pro herede uidetur possidere.

Vor allen Dingen verdient aber Beachtung Ulp. fr. 25 § 2 de her. pet. 5, 3, mit welcher Stelle sich auch Francke, Kommentar S. 268 flg. eingehend beschäftigt hat.

Hiernach kann es dem bösgläubigen Besitzer unter Umständen als Verschuldung angerechnet werden, wenn er von Erbschaftsschuldnern Gelder nicht eintrieb und dies Geld verloren ging, namentlich wenn inzwischen die Schuldklagen verjährt sind: et ideo ab eo qui ab alio non exegit uel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse.

Man fragt: kann denn ein bösgläubiger Besitzer Erbschaftsforderungen beitreiben?

Darauf gibt uns Antwort ein Scholion zu Bas. 42, 1

cap. 25 unter 5, das wahrscheinlich vom Antecessor Stephanus herrührt: Τοῦτο πάλαι μὲν ἐπὶ τῆς σίνε ῥὲ διακατοχῆς ἐτρακταΐζετο, ἔνθα ποσσέσσωρ σίνε ῥὲ διακατοχὴν αἰτῶν ἠδύνατο νερεδιταρίας κινεῖν ἀγωγάς.

Die Stelle bezieht sich also ursprünglich auf den b. possessor sine re. Derselbe kann so gut wie der b. possessor cum re die Erbschaftsklagen anstellen bzw. wegen der Erbschaftsschulden belangt werden. Nach Justinianschem Recht hat die Stelle insofern noch Bedeutung, als jemand allgemeineren Grundsätzen zufolge ohne Vollmacht für andere als Kläger auftreten darf. In dieser Beziehung kommen namentlich nahe Verwandte in Betracht. Das Scholion weist ausdrücklich hin auf Ulp. fr. 35 de procur. 3, 3.

Das betreffende Scholion ist außerdem insofern bemerkenswert, als die b. p. sine re ausdrücklich der Vergangenheit überwiesen wird. Ob diese Beseitigung der b. p. sine re in jeder Beziehung als ein Fortschritt aufzufassen ist?

In der b. p. sine re tritt uns ein einstweiliger Zustand entgegen, der nach Wahrscheinlichkeitsgrundsätzen von einer Behörde festgestellt wird. Eine solche Einrichtung läßt sich bei einem entwickelten Rechtsverkehr kaum entbehren. Insofern scheint denn auch die b. p. sine re durch die sog. Hadriansche Besitzeinweisung ersetzt zu sein; während demgegenüber das quorum bonorum anfängt, sich zu einem mehr petitorischen Rechtsmittel zu entwickeln.

In Deutschland wird der angegebene Zweck erreicht durch den Erbschein: BGB. §§ 2353—2370. Ein solcher wird vom Nachlaßgerichte demjenigen erteilt, den dasselbe als den mutmaßlichen Erben betrachtet. Regelmäßig wird dies derjenige sein, dem nach bürgerlichem Recht ein endgültiger Anspruch auf die Erbschaft zusteht; es ist dies aber nicht gerade notwendig.

37. Lex Iulia caducaria. II, 150.

Der lex Iulia caducaria begegnen wir bei Ulp. 28, 7, und zwar gerade bei Anwendung des Satzes, den Gajus II, 150 vorträgt. Deshalb ist vielleicht auch bei Gajus das überlieferte lex Iulia $\overset{c}{\text{s}}$a zu lex Iulia caducaria zu ergänzen.

Mit der Bezeichnung lex Iulia caducaria hat man diejenigen Bestimmungen in der lex Iulia de maritandis ordinibus umfassen wollen, die sich auf das caducum bezogen.

Der Satz, mit dem wir es hier zu tun haben, ist recht bemerkenswert.

Es ist das erste Mal, daß der Staat ein Nachfolgerecht in Erbschaften beansprucht, wenn sonstige Erben nicht vorhanden sind: vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 347. Solcher Nachlaß wird den bona caduca angereiht. Später sondern sie sich ab als bona uacantia. So schon bei Iulianus fr. 96 § 1 Leg. 1: quotiens lege Iulia bona uacantia ad fiscum pertinent. Wie fiscum könnte freilich auch uacantia interpoliert sein. Die sonstigen Pandektenstellen mit bona uacantia bei Brissonius gehören an Papinianus, Ulpianus, Paulus, Callistratus (diuus Pius), Modestinus.

Bis dahin bildete das Erbrecht der Gentilen den Schlußstein des gesetzlichen Erbrechtes. Das ganze gentilicium ius ist nach Gai. III, 17 durch Nichtanwendung außer Gebrauch gekommen. Wir werden demnach auch beim Erbrecht der Gentilen keine Aufhebung durch Gesetz anzunehmen haben. Es leuchtet aber ein, daß ein Hintermann, wie der Staat, den Gentilen leicht gefährlich werden konnte und die Nichtanwendung beschleunigt haben mag. Jedenfalls sind uns Anwendungsfälle für das gentilizische Erbrecht seit der lex Iulia caducaria nicht überliefert.

38. Widerruf und Zerstörung der Testamentsurkunde. II, 151, 151a.

Auf Grund der beiden Paragraphen 151, 151a hat Paul Krüger Kritische Versuche S. 1 flg. die Ansicht entwickelt: daß ein Testament iure ciuili durch Zerstörung der Testamentsurkunde nicht entkräftet werde. Daran wird der weitere Satz gereiht: daß nach klassischem Recht jeder formlose Widerruf der testamentarischen Verfügungen im allgemeinen durch exceptio doli geschützt wurde.

Leist, Forts. Bd. 4 S. 200 flg. erklärt sich damit im wesentlichen einverstanden. Mit ihm setzt sich näher auseinander Paul Krüger Ztschr. f. Rtsgesch. Bd. 14 R. A. S. 53 flg. Schärferen Widerspruch hat entgegengestellt Schirmer Ztschr. f. Rtsgesch. Bd. 20 R. A. Heft 1 S. 1 flg. Dawider hat sich vernehmen lassen Paul Krüger a. a. O. Heft 2 S. 91. Hierauf ist von Schirmer eine Replik erfolgt in derselben Zeitschrift Bd. 21 R. A. S. 99 flg. Und gegen diese Replik richtet sich eine Duplik von Paul Krüger a. a. O. S. 109 flg.

1. Insofern ist Paul Krüger zu weit gegangen, als er behauptet: daß in der Regel schon der formlose Widerruf eine exceptio doli gegen den eingesetzten Erben begründet habe. Siehe dagegen Dernburg, Pand. Bd. 3[4] § 94 Anm. 2 Die Angriffe Schirmers wollen nicht viel bedeuten. In dem Punkte hat er aber recht, daß der § 151 bei Gajus einen inneren Widerspruch enthalte. Schirmer schreitet daher zu einer Textänderung: statt si linum eius inciderit müsse man lesen nisi linum eius inciderit. Dadurch würde die Stelle geradezu sinnlos und der innere Widerspruch in keiner Weise beseitigt. Der innere Widerspruch ist vielmehr ein neuer Beweis dafür, daß die Institutionen des Gajus nicht aus einem Gusse sind, sondern ein Werk, an dem Verschiedene zu verschiedenen Zeiten herumgearbeitet haben.

2. Ganz leicht ist allerdings in unserm Falle die Frage nicht zu beantworten: in welcher Weise die Stelle auseinanderzulegen.

Den Anfangssatz Potest . . infirmentur werden wir einem Nachgajaner zuschreiben können, zumal die Auslassung von fieri ein ungewöhnlicher Sprachgebrauch ist. Legen wir dann den mit usque adeo ut beginnenden Satz dem Gajus bei, so erhielten wir folgenden alten Bestand: Apparet non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit ualere. Dieser Bestand könnte schon im Grundstock enthalten gewesen sein.

Gajus begnügt sich damit, diesen Satz auf das Zivilrecht zu beschränken. Einen wesentlich anderen Standpunkt nimmt

zu Anfang der Nachgajaner ein. Er rechnet allgemein mit der Möglichkeit, daß letztwillige Anordnungen durch entgegengesetzten Willen aufgehoben werden können. Zu dieser Möglichkeit stimmt allerdings schlecht der alte Bestand, und auch Gajus mit seiner Zwischenbemerkung ist nicht allzu entgegenkommend. Dieser Möglichkeit sucht erst gerecht zu werden der § 151ᵃ.

Es wird übergeleitet mit einem Quid ergo est? Ein Quid ergo esto?, das einem Nachgajaner zuzuschreiben war, haben wir schon angetroffen II, 125. Dem gesellt sich hier hinzu ein Quid ergo est? Außerdem ist am Schlusse zu bemerken, scripto imperatoris Antonini. Von einem einfachen scriptum imperatoris hat weder Gajus gesprochen noch jemand vor Gajus.

3. Leider ist der § 151ᵃ lückenhaft. Wie diese Lücke auszufüllen, darüber läßt sich streiten. Es sind verschiedene Möglichkeiten gegeben. Zunächst dürfte sich empfehlen, an der Hand des sonstigen Quellenmaterials auf diese Möglichkeiten hinzuweisen.

Unsern Ausgang haben wir zu nehmen von einem Senatsbeschlusse, der für die Staatskasse in Anspruch nahm, was dem letzten Willen nicht entsprach. Pap. fr. 12 de his quae ut indignis 34,9: heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam uoluntatem, abstulit iam primum senatus hereditatem.

Dem lehnte sich an Kaiser Mark Aurel, indem er die Erbschaft zugunsten der Staatskasse demjenigen entzog, dessen Namen der Testator nachträglich eingedrückt, getilgt hatte. Papinian a. a. O.: quod diuus Marcus in eius persona iudicauit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat; causam enim ad praefectos aerarii misit. Das Urteil des Marcus ist ergangen im Jahre 166 n. Chr. und uns überliefert von Marcellus fr. 3 de his quae in test. 28, 4. Der Fall wird hier näher so angegeben: Cum Valerius Nepos mutata uoluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit. Gleichzeitig beruft

sich der Kaiser auf ein Gesetz des Antoninus Pius: hereditas eius secundum diui patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non uidetur. Auf diese Entscheidung des Marcus bezieht sich auch Pap. fr. 16 § 2 de his quae ut ind. 34, 9.

Außerdem hebt Papinian hervor, daß eine bloße Willensänderung im Gegensatze zum Vermächtnis auf eine Erbeinsetzung ohne Einfluß sei: fr. 36 § 3 de test. mil. 29, 1; fr. 22 de adim. 34, 4.

Bei Ulpian und Paulus tritt uns folgende Entwicklung entgegen. Zerstört jemand eine Testamentsurkunde, um die gesetzliche Erbfolge herbeizuführen, so haben die gesetzlichen Erben Anspruch auf bon. poss. wie hereditas. Ulp. fr. 1 § 8 si tab. test. 38, 6: dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt. Coll. 16, 3 § 1 Paulus: uel ipsi linum ut intestati decederent abruperunt. Pap. fr. 4 de his quae in test. 28, 4: Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobauerint hi qui ab intestato uenire desiderant, scriptis auocabitur hereditas.

Anscheinend liegt hier eine neuere Rechtsbildung vor, worauf schon Keller Institutionen S. 401 hingedeutet hat.

4. Ich gehe jetzt noch ein auf die Ergänzungen, die man zu unserer Gajusstelle versucht hat. Huschke ergänzt und ändert: si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is, qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem, potest eum per exceptionem doli mali repellere, si modo ea mens testatoris fuisse probetur, ut ad eos, qui ab intestato uocantur, perueniat hereditas: et hoc ita rescripto imperatoris Antonini significatur. Hiermit hat sich einverstanden erklärt Leist Forts. Bd. 4 S. 203.

Wäre dieser Text richtig, so spräche das einerseits für nachgajanischen Ursprung des § 151[a]. Andererseits fragt man: was mag das für ein rescriptum imperatoris Antonini sein? Marcus Aurel hatte sich ja für Indignität entschieden. Paul

Krüger, Gesch. der Quellen S. 186, 2. Aufl. S. 205 geht zurück auf Antoninus Pius, indem er sich beruft auf fr. 3 de his quae in test. 28, 4: secundum diui patris mei constitutionem. Allein dieser Kaiser hatte sich doch nur dahin ausgesprochen: hereditas ad eos qui scripti fuerint pertinere non uidetur. Daß die Erbschaft von ihm schon in derartigen Fällen den gesetzlichen Erben zugesprochen sei, ist nicht gesagt und nach Lage der Sache nicht wahrscheinlich. Es bliebe noch übrig Carcaalla, auf den die Rechtsänderung vielleicht zurückginge.

Krüger bis hereditatem wie Huschke. Von da an: per exceptionem doli mali repelletur; si uero nemo ab intestato bonorum possessionem petierit, populus scripto heredi quasi indigno auferet hereditatem, ne ullo modo ad eum quem testator heredem habere noluit, perueniat hereditas. Hier wird versucht, bonorum possessio und Indignität zueinander in Beziehung zu setzen. An dem uns überlieferten Quellenmaterial findet diese Auffassung keine Stütze. Deshalb möchte ich mich doch noch lieber Huschke anschließen.

Für Paul Krüger hat sich entschieden Girard Textes[4] S. 272.

Im übrigen verweise ich auf die Zusammenstellung bei Dubois.

39. Necessarius heres. II, 152—155.

Es werden unterschieden drei Arten von Erben: heredes necessarii, heredes sui et necessarii, extranei.

1. Heres necessarius im engeren Sinne ist der mit Freiheit bedachte zum Erben eingesetzte Sklave. Ein solcher Erbe ist erst möglich geworden, seitdem es eine Erbeseinsetzung gab.

Der zum Erben eingesetzte Sklave wurde Erbe, er mochte wollen oder nicht. Ihm wurde nicht gestattet, sich der Erbschaft zu enthalten, wie dem suus: II, 158; Ulp. 22, 24.

2. So konnte denn bei schwachen Vermögensumständen ein solcher Sklave dazu benutzt werden, um von einem Konkurs-

verfahren den Namen des Erblassers fernzuhalten. Von einer eigentlichen Infamie, die abgewandt wurde, darf man freilich bei einem Toten nicht sprechen: denn die Infamie beschränkt sich ihrer Natur nach auf Lebende. Aber es mußte die Angehörigen doch unangenehm berühren, in einem Konkursanschlage ihren Namen zu finden.

Die Freigelassenen führten zwar seit Ende der Republik denselben Vornamen und denselben Gentilnamen wie ihre Freilasser. Sie unterschieden sich aber wesentlich durch das Kognomen. Mommsen Röm. Staatsrt. Bd. 3 S. 426.

Das Konkursverfahren verlief also auf den Namen des Freigelassenen. Und zwar sollte diesen auch die Infamie treffen.

Man hat wohl Anstoß genommen an der ignominia, quae accedit ex uenditione bonorum, da die Infamie doch schon eintrat, nachdem der oder die Gläubiger dreißig Tage lang im Besitz gewesen waren. Vgl. Cic. pro Quinctio 8, 30; 15, 50; lex Iul. munc. Zle. 115. 117. Allein auf eine solche Genauigkeit kam es in diesem Zusammenhange kaum an; auch ist das ex uenditione bonorum wohl schon vom bloßen Feilhalten, nicht erst von dem bereits vollzogenen Verkaufe zu verstehen.

Sabinus wollte vom Freigelassenen die Infamie abwenden, weil er schuldlos sei. Es wären aber doch Fälle denkbar, wo gerade durch die Tätigkeit bzw. Nachlässigkeit eines Sklaven, welcher einem Landgute, einem sonstigen Geschäftsbetriebe, einer Vermögensverwaltung vorgesetzt war, der Konkurs herbeigeführt wurde. Vielleicht hat von Fällen dieser Art die in Frage stehende Rechtsentwicklung ihren Ausgang genommen.

Wurden infolge eines Konkursverfahrens die Gläubiger nicht zu voll befriedigt, so blieb ihnen der Schuldner auf den Rest verhaftet. Das galt an und für sich auch für unsere Freigelassenen. Ulpian berichtet aber von einer Vermögenstrennung, die der Freigelassene erlangen konnte, so lange er sich noch nicht eingemischt hatte in die Angelegenheiten des Erblassers. Ulp. fr. § 18 de sep. 42, 6. Item sciendum

est necessarium heredem seruum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quidquid postea adquisierit separetur. War ferner der Freigelassene, der sich eingemischt hatte, ein Minderjähriger, so konnte er sich in den vorigen Stand wieder einsetzen lassen. Ulp. fr. 7 § 5 de min. 4, 4: non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis simili modo restitutionem impetrabit: ueluti si seruus sit cum libertate institutus.

Eine solche Gütertrennung bewirkte, daß der Freigelassene sein selbsterworbenes Vermögen für sich behielt und nicht auf die Schulden seines Patrons zu verwenden brauchte. Selbst Forderungen an den Freilasser konnte er gegen den Nachlaß geltend machen. Es heißt am Schlusse bei Ulp. fr. 1 § 18: sed et si quid ei a testatore debetur. Nach P. Krüger Dig.[11] hält freilich Baviera diesen Satz für interpoliert. Auch kann es sich dabei allerdings nur um naturale Forderungen handeln. Vgl. Iauolenus fr. 40 § 3 de cond. 35, 1; Tryph. fr. 64 de cond. indeb. 12, 6: dazu Gradenwitz Festgabe für Schirmer S. 162 flg.

3. Vergleichen wir die angeführten Stellen Ulpians mit II, 155, so tritt uns ein wesentlicher Unterschied entgegen. Einer vom Prätor zu erbittenden Vermögenstrennung bedarf es gar nicht. Das selbsterworbene Vermögen haftet ohne weiteres nicht für die Schulden des Erblassers. Aus dem Grunde allein, daß sie zu kurz gekommen sind, können mithin die Gläubiger den Freigelassenen nicht aufs neue in Anspruch nehmen: es müßte denn schon ein Erwerb sein, der durch die Erbschaft veranlaßt wurde. Als Beispiel wird aufgeführt der Latinus, gemeint ist ein Latinus Iunianus: vgl. zur Sache III, 58. 63.

Es bedarf keiner weitern Ausführung, daß wir in II, 155 eine jüngere Rechtsbildung vor uns haben. Damit ist gleichzeitig der nachgajanische Ursprung dargetan.

4. I. I. § 1 de heredum qualitate et differentia II, 19 geben die betreffenden §§ 154, 155 in abgekürzter und veränderter Gestalt wieder.

Anstatt des bona ueneant in § 154 finden wir I. I. II, 19 § 1 bona . . . possideantur uel distrahantur uel inter eos diuidantur. Die Stelle der bonorum uenditio ist später ersetzt durch die distractio bonorum, vgl. pr. I. de succ. subl. III, 12 und dazu Seuffert Deutsches Konkursprozeßrecht S. 5. Die Gläubiger waren aber nicht beschränkt auf den Verkauf der einzelnen Vermögensgegenstände, sie konnten auch die Sachen untereinander verteilen. Dies wird meistens nicht beachtetet. Es ist aber nicht bloß ausdrücklich § 1 I. I. II, 19 gesagt; es kommt dafür ferner in Betracht, pr. III, 12: et prout eis utile uisum fuerit ea disponere; siehe auch c. 10 § 2 de bon. auct. 7, 72 vom Jahre 532.

Mit der uenditio bonorum ist zugleich abgetan die Infamie. Diese ist daher ebenfalls in den Institutionen Justinians fortgelassen.

Desgleichen ist nicht aufgenommen das Beispiel mit dem Latinus. Denn diese Latinität war ja ebenfalls beseitigt: c. un. de Latina libertate tollenda 7, 6 vom Jahre 531.

40. Suus et necessarius heres. II, 156—160.

1. Als sui et necessarii heredes werden aufgeführt: Sohn und Tochter, Enkel und Enkelin usw. In bezug auf Enkel und Enkelin wird hervorgehoben: es genüge nicht, daß sie beim Ableben des Großvaters sich in dessen Gewalt befunden hätten; es sei ferner erforderlich, daß ihr Vater schon bei Lebzeiten seines Vaters von väterlicher Gewalt frei geworden.

2. Es wird also gar nicht Rücksicht genommen auf den Fall, wenn der Enkel eines enterbten Sohnes zum Erben eingesetzt war. Und doch ist auch ein solcher Enkel suus et necessarius heres. Dies sagt nicht bloß Ulp. fr. 6 § 5 de adq. 29, 2, sondern auch schon Iul. fr. 13 de bon. lib. 38, 2.

3. Der suus et necessarius heres unterschied sich vom einfachen necessarius dadurch, daß ihm der Prätor die abstinendi potestas gewährte. Mit diesem Sichenthalten des suus von der väterlichen Erbschaft habe ich mich bereits eingehend beschäftigt Rechtsg. Gaj. § 56 S. 220 flg., worauf ich hiermit hinweise.

4. Angereiht werden im § 159 die uxor in manu sowie die nurus quae in manu filii est. Vgl. darüber Bd. 1 S. 246.

5. Im § 160 folgt das Hauskind in mancipio. Vgl. dazu Desserteaux Capitis deminutio I S. 313 flg.

Dasselbe soll, wenn der Herr es für frei erkärt und zum Erben eingesetzt hat, sich ebenfalls der Erbschaft enthalten können; es wird also in dieser Beziehung nicht wie ein Sklave behandelt.

Schwierigkeiten bereiten die beiden mit cum beginnenden Sätze. Krüger und Girard ersetzen das erste cum durch si, das zweite durch quamuis.

An und für sich hat cum ja ebenfalls beide Bedeutungen: V. I. R. I, 1110. 1130. Insonderheit wird cum und si häufig durcheinander geworfen: Kübler Z. R.G. Bd. 41 S. 193; Kalb Wegweiser S. 120. Aber auffallend bliebe es immerhin, wenn zwei kurz aufeinander folgende cum, in so verschiedener Weise gebraucht sein sollten. Huschke K. S. beschränkt sich darauf, das erstere cum durch si zu ersetzen.

Vielleicht sollten beide mit cum beginnenden Sätze das Voraufgehende erläutern. Sie brauchten ja gar nicht gleichzeitig hinzugefügt zu sein. Das erstere gibt näher an, wann bei einem Hauskind in mancipio von einer abstinendi potestas die Rede sein könne. Mit dem zweiten cum-Satz wird erklärt, weshalb es eines besonderen Ediktes bedurfte. Vgl. schon Goudsmit Krit. Bemerkungen S. 43.

41. Extraneus heres. II, 161. 162.

Beim extraneus heres hängt es von seinem Willen ab, ob er die Erbschaft antreten will oder nicht.

1. Seit es eine Erbeseinsetzung gab, war es in die Macht des Testators gegeben, auch dem suus eine ähnliche Lage zu

bereiten, wie wir sie beim extraneus finden. Er brauchte ihn nur unter einer Bedingung zum Erben einzusetzen, deren Erfüllung von seinem Willen abhing: Ulp. fr. 4 de her. inst. 28, 5; Hermog. fr. 12 de cond. inst. 28, 7.

2. Ferner war auf diese Weise dasselbe erreicht wie mit der potestas abstinendi. Zu einer Zeit, wo es noch eines besonderen Antrages bedurfte, um diese Wohltat zu erreichen, hätte es für einen unter solcher Bedingung zum Erben eingesetzten suus keinen Sinn gehabt, einen derartigen Antrag zu stellen. In dieser Beziehung bemerkt Maecianus libro septimo fideicommissorum fr. 87 § 1 de her. inst. 28, 5: ius abstinendi adsequi non debent. Dieses adsequi weist deutlich genug auf den Antrag hin.

Das siebente Buch seiner Fideikommisse hat Mäcian unter Antoninus Pius geschrieben: Fitting Alter[2] S. 44.

3. Während sich aus fr. 12 de adq. 29, 2 ergibt, daß allem Anschein nach unter Marcus der Antrag überflüssig wurde: haben wir hier umgekehrt einen zeitlichen Anhalt dafür gefunden, daß unter Antoninus Pius dieser Antrag noch nötig war. Vgl. wegen des zuletzt angeführten fr. 12 Rechtsgel. Gajus S. 221; die Stelle des Mäcianus wäre hier noch nachzutragen.

42. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Antritt und Einmischung. II, 163.

1. Der extraneus, welcher angetreten hat, der suus, welcher sich eingemischt hat, kommen nicht wieder los von der Erbschaft: sie müßten denn Minderjährige sein. Vgl. Gai. fr. 57 § 1 de adq. 29, 2; Ulp. fr. 7 § 5 min. 4, 4. Kaiser Hadrian hatte indes auch einen Großjährigen gegen den Antritt einer Erbschaft restituiert.

2. I. I. § 6 de her. qual. II, 19 knüpfen hieran folgende Bemerkung: sed hoc diuus quidem Hadrianus speciali beneficio cuidam praestitit, diuus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit.

Burchardi, Wiedereinsetzung S. 388 und Savigny, System Bd. 3 S. 438 verstehen dies dahin: Soldaten hätten allgemein gegen den Antritt einer überschuldeten Erbschaft Restitution erhalten. Und der Wortlaut der Institutionenstelle legt diese Erklärung allerdings nahe. Allein aus c. 22 pr. de iure del. 6, 30 vom Jahre 531 ersehen wir, daß sich die Sache doch etwas anders verhält. Hiernach bestimmte Gordian (238—244): de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierint, quatenus pro his tantummodo rebus conueniantur, quas in hereditate defuncti inuenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur. Also sollten Soldaten, die aus Unwissenheit eine überschuldete Erbschaft angetreten, für Erbschaftsschulden nur bis zum Belaufe der Erbschaft haften. Dieses Vorrecht der Soldaten ist dann von Justinian in der angeführten c. 22 in der Weise verallgemeinert worden: daß er es jedem Erben gewährte, der ein Inventar errichtete.

3. Der Gajus von Autun hat den Inhalt des § 163 in den §§ 25—33 etwas breit getreten. Er verdient aber Beachtung.

Zunächst könnte auffallen, daß zwischen § 23 = II, 162 und § 25 = II, 163 sich einschiebt § 24 = II, 158. In dieser Beziehung ist indes zu bedenken, daß II, 158 in der Vorlage des Gajus sich nicht so weit von II, 162. 163 entfernt haben wird. Nach meiner Annahme trennte hier den § 158 vom § 162 nur der kleine Satz in § 161 Ceteri . . appellantur.

Sodann ist folgende Ausführung bemerkenswert.

Es wird unterschieden zwischen der Restitution, die der Kaiser erteilt, und der prätorischen.

Die Restitution des Kaisers ist Gnadensache, wenn § 22 per gratiam von Paul Krüger richtig ergänzt worden. Jedenfalls kann der Kaiser frei schalten. Dagegen der Prätor ist, abgesehen von den Minderjährigen, nur befugt, beim Vorhandensein von iustae causae gegen Antritt bezw. Einmischung

zu restituieren. § 28: nisi exhibeantur interdum iustae causae. Was vom Prätor, gilt ebenso vom praeses: § 26. Beide sind also schon mehr herabgedrückt zu gewöhnlichen Richtern.

Einmal hat ein Kaiser auch einen Volljährigen gegen den Antritt einer Erbschaft restituiert. Deshalb wird der Rat erteilt, sich in solchen Fällen an den Kaiser zu wenden. § 31: hodieque, si tali re procedis, possumus dare consilium, ut ⟨suppl⟩icetur; nam facile impetrantur ab imperatore ea quae iam ab ⟨aliis⟩ impetrata sunt.

Der Schluß des § 32 wird von Paul Krüger so wiedergegeben: propter quod exemplo eius alii possunt in integrum restitui a praetore. Auf diese Weise wird ein Widerspruch geschaffen. Die Handschrift hat statt a praetore nach P. Krüger pre, das man etwa auflösen könnte in per rescriptum.

4. Wie der Antritt einer überschuldeten, so wirkt auch nachteilig die Ausschlagung einer vorteilhaften Erbschaft. Hiergegen hat man später Minderjährigen ebenfalls Restitution erteilt, jedoch mit Einschränkung: Ulp. Scaeu. fr. 24 § 2 min. 4, 4; c. 1 si ut omissam 2, 39 vom Jahre 238; c. 2 ebenda vom Jahre 294.

43. Cretio. II, 164—166.

Es ist kaum glaublich, daß es in alter Zeit schon eine formlose Erbschaftsantretung gegeben hätte. Die Antretung der Erbschaft mußte ursprünglich stets in Gestalt der cretio erfolgen. Vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 194. Sohm, Inst.[14] S. 698 bemerkt: 'Der proximus agnatus und die gens wird Erbe erst durch Besitzergreifungshandlung. Die Besitzergreifung hat nach altem Recht in der Form der cretio zu geschehen'.

1. Diese Form der Erbschaftsantretung hat sich übertragen auf den testamentarischen Erben. Sie wurde vom Testator in folgender Weise angeordnet: Heres Titius esto cernitoque in centum diebus proximis, quibus scies poterisque; quod ni ita creueris, exheres esto'.

Bemerkenswert scies poterisque sowie creueris. Der Erbe wird in der zweiten Person angeredet. Beim heres esto haben wir aber zunächst die dritte Person: siehe Erkl. 14 S. 148. Der in dieser Weise ernannte Erbe wird dann behandelt wie ein familiae emptor. Auch bei Ulp. 22, 27 finden wir die zweite Person: scieris poterisque und creueris. Der Gajus von Autun § 35 hat creuerit; dagegen § 60 si non creueris. Vgl. ferner II, 171, wo ein Nachgajaner sciet poteritque bringt.

2. Die testamentarische Erbeseinsetzung muß einmal eine schwere Geburt gewesen sein — ich werde hierauf noch zurückkommen. Und wenn sie schließlich durchdrang, so wird das mit dem Umstande zuzuschreiben sein, daß der Prätor sich ihrer kräftig annahm: er erteilte dem eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas. Vgl. Erkl. 19.

3. Mit dieser bonorum possessio steht die cretio in engster Verbindung: Leist, Bonorum Possessio Bd. 1 S. 63 Anm. 2; Schulin, Gesch. des röm. Rts. S. 440. Uns ist im Breu. Alaric. — siehe Conrat S. 424 — interpr. zu c. 1 C. Th. de cretione uel bonorum possessione 4, 1 die Nachricht aufbewahrt: Cretio et bonorum possessio antiquo iure a praetoribus petebatur.

4. Mithin konnte der eingesetzte Erbe die cretio nicht ohne weiteres vornehmen, sondern bedurfte dazu der Erlaubnis des Prätors. Der Prätor, welcher die Erlaubnis erteilte, wird sich zugleich um die Frist bekümmert haben, sofern dies noch nötig.

5. Eine andere Frage wäre: ob die cretio einmal vor dem Prätor stattfand. Diese Ansicht hatte entwickelt Sohm, Institutionen[1] S. 332. Dagegen erhob Leist G. J. R. S. 89 den Einwand: 'wenn sie früher . . . ein vor dem Magistrat vorzunehmender Akt gewesen wäre, so würden die Quellen davon sicher noch Spuren enthalten'. Sohm hat später, Institutionen[8] S. 496, seine Ansicht zurückgenommen. Nach M. Voigt, Zwölf Tafeln Bd. 2 S. 372 war die cretio ein solenner, im Domizile des Erblassers vor Solennitätszeugen

vorzunehmender Akt. Ihm schließt sich an Sohm, Inst.[14] S. 698 Anm. 7. Indessen so ganz ablehnen möchte ich die Möglichkeit nicht, daß die cretio auch einmal vor dem Prätor erfolgte. Ein quellenmäßiger Nachweis ist freilich nicht zu führen.

6. Die Frist, welche für die Erteilung der bonorum possessio in Betracht kam, war ursprünglich die von 100 Tagen, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere: Ulp. fr. 2 pr. quis ordo 38, 15; Leist, Fortſ. Bd. 1 S. 331. Ebenso schrieb der Testator vor, daß die cretio vorzunehmen sei: in centum diebus proximis, quibus scies poterisque. Dabei ist man aber nicht stehen geblieben. Wie sich später die Kretionsfrist entwickelte, davon handeln die §§ 170—173. Bei Cic. ad Att. 13, 46 § 3 begegnen wir schon einer Frist von 60 Tagen.

7. Also cretio und bonorum possessio mußten ursprünglich innerhalb 100 Tagen bewirkt sein und der Prätor zu diesem Zwecke angegangen werden. Der Prätor wird bei dem Gesuch um cretio ebenso wie bei der bonorum possessio Vorlegung eines Testamentes verlangt und dessen Rechtsbeständigkeit geprüft haben.

8. Die bonorum possessio hat ihren Ausgang genommen von dem Falle Si de hereditate ambigetur: siehe Erkl. 19 S. 180. Die cretio wird auf diese Fälle nicht beschränkt gewesen sein. So hätten wir denn für die cretio zunächst ein weiteres Gebiet anzunehmen.

9. Die cretio vollzog sich in der Weise, daß der ausgesetzte Erbe folgende Worte sprach: 'Quod me P. Meuius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque'.

Außerdem finden wir bei Cic. de or. 1, 22 § 101 die Worte quibus sciam poteroque, die wir hier unterbringen müssen. Demnach können wir die Formel in dieser Weise vervollständigen 'Quod me P. Meuius testamento suo heredem instituit cernereque iussit in centum diebus proximis, quibus sciam poteroque: eam hereditatem adeo cernoque'.

Das adeo ist natürlich zunächst wörtlich zu verstehen. Die Worte mußten da gesprochen werden, wo sich die Erbschaft befand, z. B. im Sterbehause. Ob der Prätor sich ursprünglich ins Sterbehaus begeben mußte, um dort die Erklärung entgegenzunehmen, mag dahingestellt bleiben. Später finden wir, daß Zeugen zugezogen werden, um sich den Beweis zu sichern. Varro de ling. Lat. 6, 81: id est facito, uideant te esse heredem; itaque in cretione adhibere iubent testes. Cic. ad Att. 13, 14 § 3: cognoui cretionem Cluui . . liberam cretionem testibus praesentibus sexaginta diebus. Gai. Aut. 42: debet ergo adhibere amicos, quibus praesentibus haec uerba dicat. Und daß die Erklärung gerade da erfolge, wo sich die Erbschaft befand, ist auch nicht mehr nötig. Gai. Aut. 42: ubi dicat, non interest.

Cernere ist so viel wie decernere. Der Betreffende soll sich entscheiden, ob er die Erbschaft antreten will oder nicht. Gai. Aut. 36: (an adeun)da sit hereditas.

10. Außer vom cernere konnte die Erbeseinsetzung von einer sonstigen Bedingung abhängig gemacht sein, quae in dando uel in faciendo fuit: Ulp. fr. 8 si quis omissa 29, 4. Hierher gehört, wenn die Ergänzung richtig, test. Dasumii Bruns-Gr. n. 117 Zle 4: si eum pater nome)n meum laturum po(llicitus est. Eine solche Bedingung mußte dann während der Kretionsfrist erfüllt werden. Ulp. fr. 3 § 8 de min. 4, 4: si a patre in diebus centum sit emancipatus.

11. Bei Cic. ad. Att. 11, 12 § 4 begegnen wir einer cretio simplex und ebenda 13, 46 § 3 einer libera cretio. Beides ist wohl nicht dasselbe. Cretio simplex könnte bedeuten: eine einfache, von sonstigen Bedingungen freie cretio. Etwas anders scheint die cretio simplex aufzufassen Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 897. Bei der libera cretio hätten wir dagegen zu denken an eine cretio, bei deren Vornahme die Regeln des Zivilrechts nicht streng beachtet zu werden brauchten, bei der vielleicht Stellvertretung zulässig war: vgl. Burchardi,

Lehrb. des röm. Rts. Tl. 2 S. 956. Näheres ist uns in dieser Beziehung nicht überliefert.

12. In der spätern Kaiserzeit ist die cretio verschwunden. Es heißt c. 17 de iure del. 6, 30 vom J. 407: Cretionum scrupulosam sollemnitatem hac lege penitus amputari decernimus.

Daraus könnte man schließen wollen und hat geschlossen auf eine allgemeine Aufhebung der cretio im J. 407.

Nun heißt es aber in der entsprechenden c. 8 C. Th. de mat. bon. 8, 18: Cretionum autem scrupulosam sollemnitatem, siue materna filio familias siue alia quaedam deferatur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus.

Demnach handelt es sich hier nur um Erbschaften, welche gewaltunterworfenen Kindern zugedacht waren: vgl. Girard-von Mayr S. 949 A. 6.

Andererseits braucht die Aufhebung der cretio nicht erst durch Justinian geschehen zu sein. Die Kompilatoren könnten auch durch ihre allgemeine Fassung der c. 17 einen Rechtszustand, wie er sich bereits entwickelt hatte, nur bestätigt haben.

Noch im Jahre 426 wird für väterliches Erbrecht die cretio ausdrücklich ausgeschlossen durch c. 1 C. Th. de cret. 4, 1: cum legitima successio non modo in matre . . non cretionis sollemnitatem cogitur custodire . . quanto magis pater talibus est uinculis exuendus? . . . ut pater etiam . . morienti filio infanti in qualibet aetate sine ambiguitate succedat. Also wird damals die cretio nicht schon allgemein beseitigt gewesen sein.

Andererseits können wir als Vorläufer der Konstitution vom Jahre 407 betrachten c. 1 C. Th. de leg. her. 5, 1 vom Jahre 321, die das gesetzliche Erbrecht der Mutter teils erweiterte, teils beschränkte, aber nicht mehr der cretio bei dem hier neu eingeführten Erbrecht gedenkt: aditione simplici arrepto rerum quolibet corpore uel animi destinatione patefacta plenum dominium delatae sibi portionis con-

sequantur. Ferner hatte schon Constantius in c. 4 C. Th. de mat. bon. 8, 18 vom Jahre 339 zum Besten der Väter die cretio für unnötig erklärt, wenn Kinder in väterlicher Gewalt Vermögen hinterlassen hatten: siue eiusdem cretionis necessitate delatas sibi qualicumque successionis genere facultates ad eos, in quorum potestate sunt, iure patrio transmittant.

Zwischen dieser letztern Stelle und der c. 1 C. Th. 4, 1 vom J. 426 finden insofern besondere Beziehungen statt, als die in c. 4 gemachten Unterscheidungen in der c. 1 wieder aufgehoben wurden. Vgl. Jac. Gothofredus Bd. 2 S. 690 flg.; Glück, Intestaterbfolge S. 284.

In den Pandekten ist die cretio ausgemerzt worden: vgl. z. B. Iauolenus fr. 76 § 1 de adq. 29, 2 Lenel 90; Iul. fr. 41 de her. inst. 28, 8 L. 440; Ulp. fr. 13 pr. de adq. 29, 2 L. 2479; fr. 35 pr. § 1 ebenda L. 2500.

13. Uns sind erhalten zwei Zeugenurkunden über Vornahme einer cretio, in Gestalt von Diptychen, ausgestellt am 29. Septbr. 170 n. Ch., die aus dem Faijum stammen und zuerst veröffentlicht wurden von Seymour de Ricci in N. R. H. de droit Bd. 30 S. 479 flg. Eine weitere Veröffentlichung dieser Urkunden erfolgte von Gradenwitz in Bruns, Fontes[7] n. 124 und Girard, Textes[4] S. 806; die eine Urkunde bringt auch Mitteis, Chrestomathie Nr. 327. Vgl. über diese Urkunden ferner Girard, N. R. H. Bd. 30 S. 490 flg. und Mitteis, Z. R.G. Bd. 40 S. 354 flg.; Grundzüge S. 249.

Die äußern Seiten dieser Diptychen, 1. und 4., sind mit Tinte beschrieben, auf den innern Seiten, der 3. und 4., ist die Schrift in Wachs eingegraben.

In der einen Urkunde, Bruns n. 124 A, handelt es sich um eine mütterliche Erbschaft, die der Valeria Serapias durch Testament zugefallen war; in der andern Urkunde, Bruns n. 124 B, haben wir es zu tun mit einer Erbschaft der Großmutter väterlicherseits, derselben Valeria Serapias letzt-

willig zugewandt. Es genügt eine nähere Betrachtung von einer Urkunde, ich wähle die auf das mütterliche Testament bezügliche.

In der inneren Urkunde heißt es: Valeria Serapias. Antinois uirgo. per procuratore (rem) L. Val. Lucretiano (num) . . . fratri (rem) eius. testata est se hereditatem Flauiae Valeriae matris eius adiisse creuisseque seque heredes (dem) esse secundum tabulae (as) testamenti eius.

Auf der 2. äußeren, also der 4. Seite findet sich dann folgende Unterschrift: Οὐαλέρια Σεραπειὰς προσῆλθον τῇ κληρονομίᾳ τῆς μητρός μου, ἀκολούθος (ως) τῇ διαθήκῃ αὐτῆς· Λούκιος Ουαλέριος Λουκρητιαγὸς, ἐπείτροπος (ἐπίτροπος) ὢν αὐτῆς, ἔγραφα ὑπὲρ αὐτῆς ἀφήλικος οὔσης.

Nach Girard ist die cretio vorgenommen von der unmündigen Valeria Serapias, zu der sich hinzugesellte die auctoritas ihres Bruders als des gesetzlichen Vormundes. Damit hat sich einverstanden erklärt Mitteis.

Diese Ansicht halte ich nicht für richtig. Wenn die Valeria Serapias durch den Prokurator L. Valerius eine Erklärung abgegeben hat, so kann das nur bedeuten: der L. Valerius hat gesprochen für die Valeria. Es liegt demnach vor ein Fall von unmittelbarer Stellvertretung.

In diesem Sinne tritt uns das per z. B. entgegen bei Maecianus fr. 67 § 3 ad S.C. Treb. 36, 1: peti ei per tutorem posset; ideoque et heres compelli per tutorem potest. Ferner heißt es c. 26 § 1 de don. 8, 53 vom Jahre 316: per eum seruum . . transigi placuit, ut per eum infanti adquiratur. Und wenn sich in der fraglichen Urkunde der Vormund als procurator hinstellt, so mag das absichtlich geschehen sein, um die unmittelbare Stellvertretung deutlicher zum Ausdruck zu bringen. Vgl. Ner. fr. 13 § 1 de adq. rer. 41, 1.

Dazu nun die Unterschrift, die auf den Namen der Valeria lautet; wozu der Vormund bemerkt, daß er für sie geschrieben habe: ἔγραφα ὑπὲρ αὐτῆς. Man sollte meinen, damit müßte

vollends jeder Zweifel an der unmittelbaren Stellvertretung beseitigt sein.

Mitteis beruft sich freilich auf eine Inschrift aus Bingen, C.I.L. 13 n. 7521. Auf Grund dieser Inschrift hat schon Rudorff, Eph. epigraph. Bd. 1 S. 228 den Nachweis versucht, daß hier per tutorem statt tutore auctore gesagt sei: idque apparet non solum ex appositione, uerum etiam ex ablatiuis. Auch Eck, Z. R.G. Bd. 22 S. 79 Anm. 2 hat das per auctorem tutorem der Inschrift so verstanden, obwohl er es merkwürdig findet. So mag es mir denn gestattet sein, die Inschrift etwas näher zu betrachten.

Sie lautet: G. Vescius G. lib(ertus) Primus lanius h(ic) s(itus) e(st). C. Vescius G. f(ilius) Seurus (statt Seuerus) et Peregrina G. Vesci filia fecerunt per auctorem tutorem G. Vescio G. lib(erto) Vaaro.

Der Inhalt dieser Inschrift ist meines Erachtens der folgende.

Zwei Kinder, Sohn und Tochter, haben ihrem Vater, dem Schlachter G. Vescius einen Grabstein setzen lassen durch ihren Vormund als auctor. Unter auctor werden wir denjenigen zu verstehen haben, der die Sache in die Hand genommen und besorgt hat. Es steht also gar nicht eine Rechtshandlung in Frage, mithin auch keine tutoris auctoritas im Rechtssinne; es handelt sich vielmehr um die Ausführung eines Werkes.

Ebensowenig ist das G. Vescio G. lib(erto) am Schlusse ein Ablativ, sondern der Dativ; er bezeichnet denjenigen, welchem der Grabstein gesetzt wurde.

Im Eingange der Inschrift wird freilich der Freigelassene Primus statt Vaarus genannt, was Mommsen, Archäologische Zeitung, Berlin 1868, S. 70 sogar zu einer Textänderung veranlaßt hat. Ich erkläre mir den Namenswechsel auf folgende Weise.

Primus wird der alte Sklavenname gewesen sein: vgl. Schneider, Personennamen S. 38. Diesen vertauschte der

Betreffende mit Vaarus, um die Erinnerung an seinen früheren Sklavenstand zurückzudrängen: vgl. Marquardt, Privatleben S. 70 flg.; Friedländer, Sittengesch. Bd. 1[4] S. 193 flg.

Der neue Name Vaarus könnte Zusammenhang haben mit dem Gewerbe. Der Verstorbene war ein Schlachter, und zwar ein Stierschlachter, wie der Stierschädel, welcher unter der Schrift als Verzierung angebracht, dartut. Der Grabstein ist zu Bingen, also im früheren römischen Germanien gefunden. Im Althochdeutschen und Mittelhochdeutschen heißt der Stier far, farr, farro, dessen Anlaut zwischen f, ph und u wechselt: Grimm, Deutsches Wörterbuch Bd. 3 Sp. 1333 unter Farr. So erkläre ich mir, wie dieser Stierschlachter dazu kam, sich gerade Vaarus als neues Cognomen zu wählen.

Auf alle Fälle ist diese Inschrift nicht geeignet, uns am Sprachgebrauch von per irre werden zu lassen.

Allerdings entsteht hier die Frage: wie bringen wir diese unmittelbare Stellvertretung mit dem römischen Rechte dieser Zeit in Einklang, und ist das überhaupt möglich?

Der Antritt einer Erbschaft verleiht nicht bloß Rechte, sondern bürdet auch Verpflichtungen auf. Demgemäß heißt es bei Ulp. fr. 8 pr. de adq. her. 29, 2: More nostrae ciuitatis neque pupillus neque pupilla (mulier) sine tutoris auctoritate obligari possunt. Statt pupilla wird Ulpian mulier geschrieben haben: vgl. Paul Kr., Dig.[11] und Rudorff, Vormundsch. Bd. 2 S. 281 Anm. 22. Dasselbe behaupten vom pupillus Gai. fr. 9 § 3 de auct. 26, 8; I. I. I, 21 § 1; Mod. fr. 17 § 1 de app. 49, 1. Wegen Marcianus fr. 9 de tut. dat. 26, 5 verweise ich auf Bd. 1 S. 279. Der Vormund billigt das, was vorgeht; Paul. fr. 3 de auct. 26, 8: cum se probare dicit id quod agitur. Bedingungen sind unzulässig; Ulp. fr. 8 ebenda: auctoritas .. pure interponenda est. Verweigert der Vormund seine Mitwirkung, so kann er nicht dazu gezwungen werden; Paul. fr. 17 ebenda: Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum praetor cogere.

Die Mitwirkung des Vormundes setzt in der Person des Mündels begriffsgemäß schon eine gewisse Handlungsfähigkeit voraus. Hier können nun Schwierigkeiten entstehen bei einem Kinde. Der Satz, daß der Vormund berechtigt sei, eine Erbschaft für ein Kind anzutreten, ohne daß dieses zu handeln braucht, findet sich erst in c. 18 § 2 de iure delib. 6, 30 vom J. 426. Wie mag man sich bis dahin geholfen haben?

Die Hauptstelle ist Maecianus fr. 67 § 3 ad S.C. Treb. 36, 1. Hier heißt es: sed et infanti non dubito omni modo subueniendum idque ex similitudine iuris ciuilis uel honorarii constituendum est; siue enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse uidetur, siue de bonorum possessione agitaretur, peti ei per tutorem posset.

Also bei der b. p. haben wir die unmittelbare Stellvertretung. Weitere Stellen dieser Art siehe bei Windscheid, Pand. Bd. 3 [7] § 596 Anm. 5. Diese versagt aber beim Antritt einer Erbschaft. Hier werden wir hingewiesen auf ein pro herede tutore auctore gerere.

Wie mag diese pro herede gestio ausgesehen haben? Ich habe mich bereits in einem andern Zusammenhange mit der Stelle beschäftigt: Bd. 2 Abt. 1 S. 266. Wir werden uns die pro herede gestio kaum anders vorstellen können, als daß der Vormund in Gegenwart des Kindes von der Erbschaft Besitz ergreift, sollte dasselbe auch noch ein Wickelkind sein.

Immerhin haben wir noch immer nicht die unmittelbare Stellvertretung beim Antritt einer Erbschaft, wie sie uns auf unserer Urkunde entgegentritt: haben also hierfür noch immer keine Erklärung gefunden.

Vielleicht war die Antinois uirgo kein Kind mehr, sondern eine mündige Dame, die mehr Befugnisse hatte als unmündige Kinder, insonderheit auch die, ihren Vormund zum Antritt einer Erbschaft zu bevollmächtigen. Dazu will freilich nicht recht stimmen die pupilla (mulier) bei Ulp. fr. 8 pr. de adq. 29, 2.

Oder die testamentarische cretio war eine libera cretio, wie sie uns bei Cic. ad Att. 13, 46 § 3 schon entgegengetreten ist. Auf Grund einer solchen ist Cicero im Begriff, einen Bevollmächtigten zu ernennen: Nunc mittendum est, ut meo iussu cernat.

Schließlich brauchen doch auch nicht alle Urkunden der Rechtsordnung zu entsprechen. Wie häufig leiden z. B. noch heutzutage Testamente an Formfehlern!

Aber ich glaube, wir haben gar nicht nötig, solche Besonderheiten für unsern Fall herbeizuziehen. Es ist bemerkenswert, daß Ulpian in dem mehrfach erwähnten fr. 8 pr. einsetzt mit More nostrae ciuitatis. Er wird auch wohl Rechtsordnungen gekannt haben, wo die Uebung eine andere war. Die Engherzigkeit, welche das klassische römische Recht der unmittelbaren Stellvertretung entgegensetzte, fand in den Provinzen nicht überall Verständnis. Man kehrte sich einfach nicht daran. Dies gilt insonderheit von Aegypten: vgl. Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde I S. 154 flg.; Wenger, Papyrusforschung und Rechtswissenschaft S. 26 flg.; Stellvertretung im Rechte der Papyri S. 173 flg. Wie wir hier in andern Fällen die unmittelbare Stellvertretung vorfinden, so bietet auch die cretio ein Beispiel dafür dar.

14. Ich werfe zum Schluß noch einen Blick auf das Erbewerden nach griechischem Recht.

Leist, GJR. S. 87, und Schulin, Das griech. Test. S. 21 machen aufmerksam auf eine hier sich findende parallele Erscheinung: das λῆξιν λαγχάνειν τοῦ κλήρου, d. i. das Anspruchererheben auf den Erbteil.

Wie das römische Recht zwischen suus und extraneus heres, unterscheidet auch das griechische Recht zwischen einem Erben, der es von selber wird, und einem solchen, bei dem eine Antretung erforderlich.

Zu den ersteren gehören die Leibeserben und die bei Lebzeiten Adoptierten. Diese nehmen nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft, κλῆρος, durch ἐμβατεία, βαδίζειν εἰς τὰ

πατρῷα ohne weiteres in Besitz. Vgl. Meier-Schömann-Lipsius, Der attische Prozeß Bd. 2 S. 603 flg.; Hermann-Thalheim, Lehrbuch der griech. Rechtsaltertümer[4] S. 83.

Jeder andere Erbe, er mochte nun durch Testament dazu ernannt oder durch das Gesetz dazu berufen sein, konnte eine Erbschaft nicht eigenmächtig in Besitz nehmen, es bedurfte vielmehr eines Antrages beim Archon. Dieser Antrag wurde in der zunächstfolgenden ersten regelmäßigen Volksversammlung, welche κυρία hieß, verlesen: Pollux VIII, 95. Ueberdies hatte an einem näher festzustellenden Tage ein Herold auszurufen: ob jemand Widerspruch erhebe. Demosth. in Macart. S. 1051: εἴ τις ἀμφισβητεῖν ἢ παρακαταβάλλειν βούλεται τοῦ κλήρου τοῦ Ἁγνίου ἢ κατὰ γένος ἢ κατὰ διαθήκας. Wie die Begriffe ἀμφισβητεῖν und παρακαταβάλλειν auseinanderzuhalten seien, ist schon eine alte Streitfrage: siehe darüber Lipsius S. 608 flg.; Hafter, Die Erbtochter nach attischem Recht S. 46.

Hatte sich infolge dieser Bekanntmachungen niemand weiter gemeldet, der auf die Erbschaft Ansprüche machte, so stand einer Besitzergreifung von seiten des Antragstellers nichts mehr im Wege. Lipsius S. 610 und Leist S. 87 nehmen an, es sei die Erbschaft dann dem Antragsteller vom Archon ausdrücklich zugesprochen: ἐπεδίκασεν ὁ ἄρχων τὸν κλῆρόν τινι. Ich vermisse aber den Beweis für diese Behauptung. Bei Isaeus περὶ τοῦ Πύρρου 43 wird nur ein Anspruch erhoben, den niemand bestritt: Ἀλλὰ μὴν ὥς γε ἐπεδικάσατο ὁ ἡμέτερος ἀδελφὸς τοῦ κλήρου καὶ οὐκ ἠμφισβήτησεν οὐδεὶς ἐκείνῳ.

Ἐπιδικάζεσθαι τοῦ κλήρου heißt teils 'in Anspruch nehmen', teils 'die Erbschaft erlangen': siehe Lipsius S. 606 Anm. 331. Hier kommt nur die erstere Bedeutung in Betracht, weil das folgende ἀμφισβητεῖν in Beziehung steht zu der Erhebung eines Anspruches. Auch in der § 44 folgenden μαρτυρία ist ἐπιδικασία 'der Antrag'.

Bewarben sich mehrere um die Erbschaft, so entstand ein Rechtsstreit. Die Parteien mußten sich auf Ladung des Archon

zur ἀνάκρισις einfinden. Hierauf Verhandlung vor dem Gerichtshofe. Und in diesem Falle wurde allerdings dem Sieger vom Archon die Erbschaft ausdrücklich zugesprochen. Demosth. in Olympiodorum 1174: ἐπεδίκασεν ὁ ἄρχων τοῖς ἀντιδίκοις τοῖς ἡμετέροις τὸν κλῆρον τοῦ Κόνωνος.

Damit war aber die Sache nicht notwendig endgültig entschieden. Diese ἐπιδικασία konnte von einem besser Berechtigten in gewöhnlichem Klagewege angefochten werden, der eingeleitet wurde durch eine Vorladung, πρόσκλησις, des Besitzers. Demosth. in Macart. 1054: Ἐὰν δ' ἐπιδεδικασμένου ἀμφισβητῇ τοῦ κλήρου, προσκαλείσθω τὸν ἐπιδεδικασμένον πρὸς τὸν ἄρχοντα, καθάπερ ἐπὶ τῶν ἄλλων δικῶν.

44. Sonstiger Erbschaftserwerb. II, 167.

Der durch Gesetz berufene Erbe, sofern er es nicht von selber wurde, erwarb die Erbschaft durch cretio.

1. Der cretio gesellt sich hinzu die Ersitzung. Wie beim Eigentum die Ersitzung die Manzipatio ersetzt, wie außer durch Rechtsgeschäft auch durch Usus eine Manusehe begründet werden kann: so erwirbt auch der berufene Erbe durch Ersitzung statt durch cretio.

Dieses Verhältnis zwischen cretio und Ersitzung hat im allgemeinen schon Karlowa, Röm. Rtsgesch. Bd. 2 S. 896 flg. richtig erfaßt. Nur glaube ich nicht, daß für den gesetzlichen Erben eine gesetzliche Cretionsfrist bestand. Dem gesetzlichen Erben wurde die Frist vom Prätor gesetzt.

So ist denn zunächst ein Gegensatz vorhanden zwischen dem gesetzlichen und testamentarischen Erben. Dem testamentarischen Erben wird die Cretionsfrist schon vom Testator vorgeschrieben. Und diese Frist hat die Wirkung, daß der testamentarische Erbe die Erbschaft nicht ersitzen konnte. Ferner ist das Cretionsrecht des testamentarischen Erben im allgemeinen ein höchst persönliches Recht, das er selber ausüben muß. Der gesetzliche Erbe kann sein Recht auf die Erbschaft in iure zedieren, der testamentarische Erbe ist von solcher in iure cessio ausge-

schlossen: II, 36. Sodann braucht der gesetzliche Erbe keine cretio zu erbitten, sondern kann auch durch Ersitzung Erbe werden. Ist ihm freilich vom Prätor eine Cretionsfrist gesetzt, so muß er innerhalb dieser Frist die Cretionshandlung vornehmen, wenn er nicht von der Erbschaft ausgeschlossen sein will.

2. Aus der Ersitzung einer Erbschaft ist später der Erwerb durch pro herede gestio hervorgegangen: Karlowa, a. a. O. S. 900 flg. Seitdem einmalige pro herede gestio genügte, bedurfte es der Ersitzung nicht mehr. Und solange die Ersitzung stattfand, kann es noch keine pro herede gestio gegeben haben. Da nun die Erbschaftsersitzung für die Zeit Ciceros bezeugt ist, siehe Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 32 S. 195, ist dieser Zeit die pro herede gestio noch fernzuhalten.

Andererseits wird III, 62 bei einer Vergleichung des mehreren Patronen zustehenden Erbrechts, sofern ein freigelassener römischer Bürger in Frage steht, mit dem durch die lex Iunia für Latiner geschaffenen Zustande in ersterer Beziehung nur das cernere berücksichtigt.

Seitdem die Erbschaftsersitzung durch die pro herede gestio abgetan war, erhoben sich dann theoretische Bedenken ob eine solche Ersitzung an sich möglich sei. Gai. II, 54: quamuis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis etiam quae solo teneantur annua usucapio remansit. Seneca de ben. 6, 5 § 3: Iurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt, tamquam quicquam aliud sit hereditas quam ea, quae in hereditate sunt. Die Zweifel mögen ihre Nahrung gefunden haben in der späteren Entwicklung: seitdem Forderungen und Schulden auf den Erben übergingen, deckte sich nicht mehr der Umfang der Erbschaft mit der Summe der einzelnen Sachen.

Wie von Ersitzung der Erbschaft, so ist auch von der pro herede gestio der mit Cretionsfrist eingesetzte Erbe ausgeschlossen: II, 166.

3. Als eine weitere Erwerbsart wird in unserer Stelle genannt die nuda uoluntas suscipiendae hereditatis. Das ist sehr merkwürdig. Die bloße Willensäußerung hat jedenfalls in alten Zeiten nicht genügt, jemand zum Erben zu machen.

Anderswo — II, 176; III, 87 — ist nur von cernere und pro herede gerere die Rede. Ebenso bei Ulpian 22, 5. Nach Paul. sent. 3, 4 B § 11 muß zur Willensäußerung ein Sicheinmischen hinzukommen: Qui semel constituit ad se hereditatem pertinere ac se eius rebus immiscuit.

Leist, Bon. Poss. Bd. 2 Abt. 2 S. 76 flg. S. 120 flg. setzt den Ursprung einer Erwerbsart durch bloße Willensäußerung in die Zeit nach Labeo. Ihm schließt sich an Karlowa, Röm. Rtsgesch. Bd. 2 S. 906. Leist beruft sich auf Iauolen. fr. 62 pr. de adq. 29, 2: Antistius Labeo ait, si ita institutus sit 'si iurauerit heres esto', quamuis iurauerit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia iurando uoluntatem magis suam declarasse uideatur. ego puto satis eum pro herede gessisse, si ut heres iurauerit: Proculus idem, eoque iure utimur. Hiernach ist es klar, wie auch Leist dies ausspricht, daß Labeo noch keinen Erwerb der Erbschaft durch bloße Willenskundgebung kannte. Auf demselben Standpunkte befinden sich aber auch Proculus und Javolen. Denn der Eid soll nur unter der Voraussetzung genügen, wenn er zugleich als pro herede gestio aufgefaßt werden kann: es schwört z. B. jemand, daß ihm die Forderung als Erben zustehe. Vgl. Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 14 S. 375.

Ist jemand unter der Bedingung, wenn er das Kapitol besteige, zum Erben eingesetzt, so reicht nach Celsus fr. 60 § 5 de her. inst. 28, 5 die Erfüllung dieser Bedingung nicht aus, um ihn zum Erben zu machen: es muß außerdem ein pro herede gerere vorliegen.

Nach Scävola genügt nicht einmal eine Erklärung vor dem Prätor, um den Betreffenden zum Erben zu machen. Hat jemand auf eine Frage eines Gläubigers geantwortet, daß er

Erbe sei; so haftet der Gefragte zwar diesem Gläubiger auf Grund des Geständnisses, aber nicht sonstigen Gläubigern. Scaeu. fr. 22 de interr. 11, 1. Procuratore Caesaris ob debitum fiscale interrogante unus ex filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat nec heres erat, respondit se heredem esse: an quasi interrogatoria creditoribus ceteris teneatur? respondit ab his, qui in iure non interrogassent, ex responso suo conueniri non posse. Denselben Standpunkt nimmt noch ein c. 4 de rep. 6, 31 vom Jahre 293: nec, quod confessos pro iudicatis haberi placuit, ad uocem repudiantis hereditatem, sed ad certam quantitatem deberi confitentem pertinet.

Und die Erbittung der bon. poss. wird nicht als einfache Willenskundgebung für den Erwerb der hereditas als genügend angesehen, sondern weil und sofern darin ein pro herede gerere zu erblicken sei. Iauolenus fr. 60 de adq. 29, 2: nec potest uideri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat. Dieselbe Auffassung tritt uns entgegen in c. 12 de iure delib. 6, 30 vom Jahre 294.

Zum ersten Male spricht es Kaiser Constantin aus in c. 1 C. Th. de leg. her. 5, 1 vom Jahre 321, daß durch bloße Willenserklärung eine Erbschaft erworben werde: nec petita bonorum possessione . . illico . . aditione simplici, arrepto rerum quolibet corpore uel animi destinatione patefacta. Andererseits wird hier der cretio nicht mehr gedacht. Sie war freilich damals noch nicht vollständig beseitigt, aber doch schon im Absterben begriffen: siehe Erkl. 43 unter 12. Demnach dürfen wir wohl Bedenken tragen das uel etiam nuda uoluntate suscipiendae hereditatis schon dem Gajus zuzuschreiben.

Ueberhaupt wird der Erbschaftserwerb durch bloße Willenserklärung meines Wissens sonst nur noch bezeugt durch den Gajus von Autun §§ 44. 45; § 7 I. I. de her. qual. II, 19 wie dem später näher zu besprechenden § 169 bei Gajus. Und

zwar faßt der Gajus von Autun diesen Erwerb durch bloße Willenserklärung auf als eine Unterart der pro herede gestio. I. I. a. a. O. entlehnen zunächst aus II, 167: ordnen dann aber dem pro herede gerere unter: si uoluntatem suam declaret uel re uel uerbis de adeunda hereditate.

45. Ius deliberandi. II, 167[a].

1. Dedekind Das Deliberationsrecht des Erben S. 13 flg. hat den Nachweis geführt, daß das Deliberationsrecht des Erben in Beziehung zu setzen sei zu den interrogationes in iure. Insonderheit konnten die Erbschaftsgläubiger sich der interrogatio in iure bedienen. Sie stellten an den zur Erbschaft Berufenen die Frage oder ließen sie stellen: an heres sit. Dieser konnte sich dann eine Bedenkzeit ausbitten. Lehnte er die Erbschaft ab, so waren die Gläubiger berechtigt, das Konkursverfahren zu beantragen.

Von Rechtswegen bestand keine Frist für den Erbschaftsantritt. Gajus von Autun §§ 53. 54: tempore enim non excluditur; ergo si uoluerit post quinquaginta annos adire et rel. Der Testator konnte aber eine solche Frist setzen. Außerdem war sie zu erlangen auf dem Wege der interrogatio in iure.

In den Vordergrund stellt Dedekind c. 9 de iure del. 6, 30 vom Jahre 293: rector igitur aditus prouiniae, si hereditati necdum sunt obligati, eos an heredes sint interrogare debebit ac, si tempus ad deliberandum petierint, moderatum statuet. Außerdem werden von Dedekind folgende Stellen ausgeschrieben: Ulp. fr. 1 § 12 de succ. ed. 38, 9: sane nonnumquam urguentibus creditoribus interrogandi sunt in iure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut, si repudiare se dicant, sciant creditores, quid sibi agendum esset. Paul. fr. 70 § 2 de adq. 29, 2: si respondit neutram hereditatem ad se uelle pertinere, bona defuncti a creditoribus possidenda sunt. Paul. fr. 1 pr. de cur. bon. dando 42, 7: Si quis sub condicione

heres institutus est, cogendus est condicioni parere, si potest, aut si responderit se non aditurum, etiamsi condicio extiterit, uendenda erunt bona defuncti. Gai. fr. 5 de interrog. 11, 1: Qui interrogatur, an heres uel quota ex parte sit . . ad deliberandum tempus impetrare debet.

2. Wie reimt sich zu diesen Aussprüchen der Satz in II, 167[a]: Solet praetor postulantibus hereditaris creditoribus tempus constituere, intra quod si uelint heredes adeant hereditatem, si minus ut liceat creditoribus bona defuncti uendere?

Dedekind a. a. O. S. 23 flg. hat sich viele Mühe gegeben, diesen Satz mit obigen Aussprüchen in Einklang zu bringen. Ich fürchte: vergebens. Hier wird offenbar ein ganz anderes Verfahren geschildert. Die Gläubiger stellen den Antrag, daß dem berufenen Erben eine Frist gesetzt werde; tritt er binnen dieser Frist nicht an, so steht es den Gläubigern frei, den Nachlaß zu verkaufen.

Ein ganz ähnliches Verfahren, das für das in Frage stehende vielleicht vorbildlich geworden, schildert uns in einem anderen Falle Pomp. fr. 23 § 2 de her. inst. 28, 5: si condicioni heres parere non poterit . . tunc postulantibus creditoribus constituet praetor, nisi intra certum tempus hereditas optigerit aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere iussurum et interim quae urgebunt per procuratores distrahi iussurum. Und diese Stelle hat Dedekind a. a. O. S. 28 flg. schon ganz richtig dahin erklärt, daß von einer interrogatio in iure abgesehen werde; es kommt dann freilich schließlich nicht zu einem Verkaufe des ganzen Vermögens, sondern zum Einzelverkaufe.

Wir gelangen mithin zu folgendem Ergebnis. Wo nach Pandektenrecht und selbst noch im Jahre 293 eine interrogatio in iure erforderlich war, wird uns II, 167[a] ein wesentlich anderes Verfahren vorgeführt.

Noch deutlicher drückt sich nach dieser Richtung hin aus der Gajus von Autun § 55. Ne ergo hoc incommodum

creditoribus obstet, solet praetor adiri ab ipsis creditoribus, ut ipse constituat diem heredi scripto uel qui ab intestato uocatur ad adeundam hereditatem. Et dicit praetor: 'Iubeo illum heredem intra centum dies deliberare, an debeat adire hereditatem; sciat autem me creditoribus permissurum bona illa proscribere, si intra tempus non adierit'. ⟨Nec⟩ licet ei diutius delibera⟨re; s⟩ed ita quidem[1]) et rel.

Nun wissen wir weiter, daß die interrogatio in iure allmählich abgestorben ist. Callistratus fr. 1 § 1 de interr. 11, 1. Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur aute iudicium de suo iure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt. So wie die Stelle überliefert, enthält sie freilich einen Widerspruch: statt frequentantur wird wohl zu lesen sein frequentabantur.

Ferner stammt obiger Satz nicht schon von Callistratus, sondern ist ihm nur untergelegt worden. Hier wie anderswo — z. B. fr. 1 leg. 1 — haben die Kompilatoren gleich im Eingange eines Titels auf eine wichtige Neuerung aufmerksam machen wollen. Daraus folgt aber nicht, daß die Interpolation erst von ihnen vorgenommen wäre, sie wird schon älter sein: vgl. Präscriptio S. 79; Besitz S. 404; Kalb Jahresbericht 1901 S. 61.

Daß hier interpoliert worden, ist längst erkannt: vgl. Schulting zu dieser Stelle und Paul Krüger Dig.[11] Wegen des hodie siehe Beseler Beiträge II S. 99. Für Interpolation ist auch eingetreten Demelius Confessio S. 346 flg. Im übrigen ist die von ihm gegebene Erklärung sehr gesucht und geschraubt.

Ich verstehe die Stelle so. Später konnte niemand mehr genötigt werden, vor Einleitung eines Rechtsstreites in iure Fragen zu beantworten. Es war dies sein freier Wille. So

1) HS** licet ei diutius delibera . . . et ita quod. Paul Krüger schlägt vor: scilicet si diutius deliberauerit itaque.

wurden die Fragen immer seltener, und schließlich hörte diese Fragestellung ganz auf.

Also konnten auch die Gläubiger nicht mehr einen zur Erbschaft Berufenen nötigen, ihnen Rede zu stehen, ob er Erbe sei. Es war demnach ein anderes Verfahren nötig. Und dieses schildert uns der Nachgajaner. Auf Antrag der Gläubiger setzte der Prätor dem zur Erbschaft Berufenen eine Frist, innerhalb welcher er sich über Annahme oder Ablehnung zu erklären hatte.

3. Lenel, Ed.[1] S. 335, Ed.[2] S. 402 findet sich mit unserer Gajusstelle in der Weise ab, daß er bemerkt: 'Dieser Bericht gibt indes von dem Verfahren kein genaues Bild.'

Naber, Mnemosyne N. S. Bd. 25 S. 294 versieht gar die entscheidenden Worte postulantibus hereditaris creditoribus mit einem mentitur.

Neuerdings hat sich mit unserer Frage eingehend beschäftigt Solazzi Spatium deliberandi. Derselbe weist S. 5 zunächst die Behandlung zurück, welche Dedekind unserer Stelle hat zuteil werden lassen; und knüpft dann an solche Fälle an, wo die in ius uocatio des Zubefragenden Schwierigkeiten bereiten mochte.

Aber für Fälle dieser Art hat schon Lenel auf Grund von Ulpian fr. 8 quib. ex caus. 42, 4 und Pomponius fr. 23 § 4 de her. inst. 28, 5 ein eigenes Verfahren in Bereitschaft. Hiernach werden die Gläubiger nach voraufgegangener Prüfung in den Besitz des Nachlasses eingewiesen, und es wird nötigenfalls auch ein Curator bestellt. Ein solcher Curator wird zur Einzelveräußerung befugt gewesen sein. So faßt Degenkolb Beiträge S. 169 schon auf den curator der lex agr. vom Jahre 643/111 Zle. 56. Und mit einem solchen Verfahren konnte man schon auskommen, wo der Nachlaß zur Bezahlung aller Schulden hinreichte.

Ueberhaupt möchte ich annehmen, daß die Einzelveräußerung zuerst in Fällen dieser Art aufgekommen ist. Und wenn Gajus uns berichtet, daß der Distraktionskonkurs zunächst von dem

Konkurs senatorischer Gemeinschuldner ausgegangen sei, so ist das meines Erachtens nicht so zu verstehen, als ob es vorher eine Einzelveräußerung überhaupt nicht gegeben habe. Das eigentliche Gebiet dieser Einzelveräußerung war aber dasjenige Vermögen, aus dem alle Gläubiger zu voll befriedigt werden konnten. Die Sachlage bei Gajus fr. 5 de cur. 27, 10 ist andererseits die, daß die Ueberschuldung feststeht: cum clara persona, ueluti senatoris uel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona uenire debeant. Also genau genommen wäre das Konkursverfahren geboten. Aber ut honestius ex bonis eius quantum potest creditoribus solueretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia. Also es soll ein Verfahren eingeleitet werden, wie es bisher bei nicht überschuldeten Vermögensmassen üblich war, die Ueberschuldung wird also gewissermaßen verschleiert.

Nun könnte es ja sein, daß ein solches Verfahren, wie es uns Gajus § 167ᵃ schildert, zunächst ausnahmsweise bei überschuldeten Vermögensmassen zur Anwendung gekommen wäre. Ein solches Verfahren beschreibt uns ja schon Pomponius fr. 23 § 2 de her. inst. 28, 5 bei jemand, der unter nichtpotestativer Bedingung zum Erben eingesetzt war. Bei diesem Verfahren kommt es aber schließlich zum Einzelverkaufe. Dasselbe hat man dann auch mit dem Vermögensverkaufe verknüpft; zunächst vielleicht nur ausnahmsweise. Aehnliche Gedanken scheint mir Solazzi S. 6 a. E. selber zu entwickeln. Aber dabei ist man jedenfalls nicht stehen geblieben: denn Gajus beschreibt kein Ausnahmeverfahren, sondern das Verfahren.

Wir kommen also wieder darauf zurück, in dem § 167ᵃ einen späteren Zusatz zu erblicken. Einer Vorladung des mutmaßlichen Erben, um vor dem Magistrat eine Frage zu beantworten, bedarf es nicht mehr. Auf Antrag der Erbschaftsgläubiger wird dem mutmaßlichen Erben vom Prätor zur Antretung der Erbschaft eine Frist gesetzt. Läßt er diese ungenutzt verstreichen, so sind die Gläubiger berechtigt, über den Nachlaß das Konkursverfahren einzuleiten.

Solazzi gegenüber möchte ich schließlich noch hervorheben, daß ich gegen die Vernünftigkeit dieser Entwicklung nicht das Mindeste einzuwenden habe. Mir kommt es hier lediglich auf Bestimmung der Zeit an, wann der im § 167[a] uns überlieferte Satz entstanden sein mag.

46. Ausschlagung einer Erbschaft. II, 168. 169.

Das BGB. hat die Ausschlagung einer Erbschaft nicht bloß an bestimmte Fristen geknüpft — § 1944 — sondern auch eine strenge Form vorgeschrieben. Es heißt § 1945 Abs. 1: 'Die Ausschlagung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben'.

Nach gemeinem und Justinianischem Recht geschah die Ausschlagung in formloser Weise. Ist das immer so gewesen? Die neueren Lehrbücher haben sich bei dieser Formlosigkeit beruhigt und scheinen sie schon für alt zu halten. Vgl. statt aller Köppen Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts S. 94 flg.

Ziehen wir aber II, 169 zu Rate, so kommen wir zu einem anderen Ergebnisse. Hier wird die formlose Ausschlagung zum formlosen Antritt in Beziehung gesetzt. Und wie der formlose Antritt jüngern Ursprunges, würde man dies auch von der formlosen Ausschlagung behaupten müssen.

1. Für Ausschlagung einer Erbschaft finden wir die Ausdrücke hereditatem repudiare, recusare, spernere, praetermittere, omittere. Davon bezeichnen die beiden letzteren das Verstreichenlassen einer Frist, womit der Erbschaftsverlust verknüpft ist: vgl. Windscheid Bd. 3[7] § 599 Anm. 1. Das III. 62 vorkommende spernere bildet einen Gegensatz zum cernere, wird also ebenfalls vom Verstreichenlassen einer Cretionsfrist zu verstehen sein. Bleiben noch übrig repudiare und recusare.

2. Diese beiden Bezeichnungen scheint man in neuerer Zeit allgemein für gleichbedeutend zu nehmen. In früherer

Zeit ist man freilich schon bemüht gewesen, sie auseinanderzuhalten. So bemerkt Cujacius zu Paul. sent. 4, 4 § 1: repudiatio fit in iure, recusatio quoquomodo.

Schulting zu derselben Stelle verwirft diese Ansicht und führt seinerseits aus: repudiationem . . actum legitimum esse, eodem modo ac est hereditatis aditio . . uerbisque etiam solennibus factam esse atque ideo distingui a recusatione. Mühlenbruch Forts. Bd. 43 S. 109 erklärt sich gegen beide, ohne die Sache näher zu prüfen: da es außer Zweifel, daß ein Unterschied, wenn er einmal vorhanden, im Justinianschen Recht nicht mehr bestand.

3. Mag sein, daß die Sache sich so verhielt nach Justinianschem Recht. Das überhebt uns aber nicht der Mühe, auch die frühere Zeit ins Auge zu fassen. Und in dieser Beziehung ist die von Schulting gemachte Unterscheidung gar nicht so unbeachtlich.

Daß Antritt und repudiatio sich in ihren Voraussetzungen, wenigstens zum Teil, einander entsprechen, ist zweifellos. Dies hat nach verschiedenen Richtungen hin näher ausgeführt Köppen a. a. O. Derselbe irrt aber insofern, als er repudiare und recusare von Haus aus für gleichbedeutend nimmt.

4. Ich hebe in bezug auf diese Voraussetzungen folgende Sätze hervor.

Das repudiare ist nur dem gestattet, wer berechtigt, die Erbschaft anzutreten. Paul. fr. 18 de adq. 29, 2: Is potest repudiare, qui et adquirere potest.

Die Erbschaft muß sich bereits in der Lage befinden, daß sie angetreten werden kann. Hermog. fr. 94 de adq. 29, 2. Qui superstitis bona repudiat, post mortem eius adire hereditatem . . non prohibetur.

Während schwebender Bedingung ist ein repudiare nicht möglich. Ulp. fr. 13 pr. de adq. 29, 2: heres institutus sub condicione si ante condicionem existentem repudiauit, nihil egit, qualisqualis fuit condicio, etsi in arbitrium

collata est. Dies gilt insonderheit vom Substituten: § 2 ebendaselbst. Vgl. Pomp. fr. 77 daselbst.

Unzulässig ist ein repudiare vor Ablauf der Cretionsfrist: Gai. II, 168; Ulp. 22, 30. In beiden Stellen begegnen wir einem constituerit. Sollte vielleicht einmal zum repudiare ein constituere erforderlich gewesen sein? So wird sich z. B. auch einmal die actio de pecunia constituta an diesen Ausdruck angelehnt haben: vgl. Präscriptio S. 143.

Der Berufene muß die Gewißheit haben, daß die Erbschaft schon angetreten werden kann. Ulp. fr. 13 § 1 de adq. 29, 2. Si quis dubitet, uiuat testator necne, repudiando nihil agat. Pomp. fr. 23 de adq. 29, 2. In repudianda hereditate uel legato certus esse debet de suo iure is qui repudiat. Vgl. ferner Ulp. fr. 17 pr. § 1 daselbst.

Es gilt der Satz 'plus est in opinione quam in ueritate': Ulp. fr. 15 de adq. 29, 2.

Wer einmal angetreten hat, kann nicht mehr ausschlagen. Paul. sent. 3, 4 B § 11. Qui semel constituit ad se hereditatem pertinere ac se eius rebus immisucit, repudiare eam non potest.

Diese zum Teil recht eigentümlichen Erfordernisse weisen schon an sich auf formellen Ursprung hin. Bedenkt man nun, daß sich Erbschaftsantritt und repudiare einander entsprechen, und daß der Erbschaftsantritt in Gestalt der cretio vor sich ging: so kommt ein weiterer Umstand hinzu, der es wahrscheinlich erscheinen läßt, daß auch das repudiare einmal an eine Form gebunden war.

5. Als Beweisstellen für die formlose Ausschlagung einer Erbschaft werden bei Köppen a. a. O. S. 95 Anm. 1 angeführt außer § 7 I. I. de her. qual. II, 19 nur: Paul. fr. 95 de adq. 29, 2 und Ulp. fr. 36 pr. ad SC. Treb. 36, 1. In beiden Stellen ist aber von einem recusare die Rede. Es heißt bei Paulus: Recusari hereditas non tantum uerbis sed etiam re potest et alio quouis iudicio uoluntatis.

Und Ulpian sagt: Recusare autem non tantum praesentes sed etiam absentes uel per epistulam possunt. Mit diesem recusare muß ich mich noch etwas näher beschäftigen.

Der Ursprung des recusare dürfte beim S.C. Pegasianum zu suchen sein, wo dieses Wort wohl Gesetzesausdruck war. Es heißt bei Gajus II, 258: Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem . . cauetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat. Der eingesetzte Erbe kann vom Universalfideikommissar gezwungen werden, anzutreten. Daß man sich hier mit einer formlosen Weigerung begnügte, ist leicht erklärlich. Und mit diesem Senatusconsultum beschäftigte sich Ulpian in der angeführten Stelle, er hielt sogar für ausreichend eine uoluntas recusantium incerta. Auch Paulus hatte das S.C. Pegasianum vor Augen, wie die Parallelstelle — sent. 4, 4 § 1 — beweist. Vgl. ferner Ulp. fr. 4 ad S.C. Treb. 36, 1: sufficit enim recusari ab herede instituto; und Maecianus fr. 67 § 3 ebenda: si autem heres recuset adire hereditatem.

6. Ich beschäftigte mich Erkl. 45 mit dem ius deliberandi und betrachtete dasselbe vorzugsweise vom Standpunkte der Gläubiger aus. Hier begegnen wir mehrfach dem repudiare: Ulp. fr. 1 § 12 de succ. ed 38, 9; Paul. fr. 24 § 2 min. 4, 4; c. 9 de iure del. 6, 30 vom Jahre 293. Es mag also ursprünglich nur **der** Berufene losgekommen sein, der formell auf die Erbschaft verzichtete. Daneben finden wir aber auch allgemeinere Ausdrücke. Paul. fr. 70 § 2 de adq. 29, 2. Si respondit neutram hereditatem ad se uelle pertinere, bona defuncti a creditoribus possidenda sunt. Paul. fr. 1 pr. de cur. bon. dando 42, 1: si responderit se non aditurum, etiamsi condicio extiterit, uendenda erunt bona defuncti. So wird denn auch später ein recusare ausgereicht haben. Namentlich die letztere Stelle ist entscheidend, weil hier eine bedingte Erbeseinsetzung in Frage steht.

Von einer repudiata hereditas ist ferner die Rede Vermächtnisnehmern gegenüber: Ulp. fr. 1 § 4 Ut in poss. 36, 4.

Auf eine bonorum possesio kann vor Ablauf der Frist verzichtet werden: Ulp. fr. 1 § 6 de succ. ed, 38, 9.

7. Beim Stande der Quellen wäre es aber vergebliches Mühen, das Anwendungsgebiet des repudiare und recusare näher feststellen zu wollen. Wir müssen uns genügen lassen an der Wahrscheinlichkeitsannahme, daß das formlose recusare das formelle repudiare allmählich zurückgedrängt hat.

Der Gajus von Autun § 47 bringt folgende Begriffsbestimmung. Quid est repudiare? nolle capere hereditatem, contraria destinatio(ne) repudiare. quo modo destinatio capiendae hereditatis adquirit, sic destinatio contraria, hoc est uoluntas non capiendi, tollit hereditatem. Hier ist schon von jeder Form abgesehen.

8. Von diesem Gesichtspunkte aus erklärt sich denn auch das Verhalten der Kompilatoren. Die formellen Voraussetzungen des repudiare haben sie verschwiegen oder dies wenigstens wollen. Sie berücksichtigen nur das formlose recusare. Eine Stelle des Paulus die ursprünglich sich auf das S.C. Pegasianum bezog, haben sie aus dieser Verbindung herausgerissen und dem Titel de adquirenda uel omittenda als allgemeinen Satz einverleibt.

Aber die formelle repudiatio hat doch auch noch ihre Spuren zurückgelassen. So bietet denn die Ausschlagung des Justinianschen Rechtes gerade kein sehr erquickliches Bild dar. Dasselbe wäre zu sagen von der hereditatis aditio.

47. Zusammenstellung und sonstiger Inhalt von II, 167—169.

1. Ueberblicken wir jetzt die §§ 167—169, so hat sich folgendes ergeben.

Das uel etiam nuda uoluntate suscipiendae hereditatis im § 167 ist nachgajanischen Ursprunges: Erkl. 44.

Dasselbe gilt von dem nur lose angereihten Satze II, 167ª Solet praetor . . uendere: Erkl. 45.

Der § 169 ist nachgajanischen Ursprunges, weil die formlose Ausschlagung nicht alt sein kann: Erkl. 46. Dazu kommt als zweiter Grund, daß die formlose Ausschlagung zur formlosen Antretung in Beziehung gesetzt wird.

Was nach dieser dreifachen Ausscheidung übrig bleibt, entspricht im ganzen und großen der Darstellung bei Ulp. 22, 25. 30.

2. Die Einsetzung eines Erben sine cretione ist natürlich das jüngere Rechtsgebilde. Wenn einmal eine Erbschaft ohne cretio nicht erworben werden konnte, so wird dementsprechend die Erbeseinsetzung stets mit cretio verbunden gewesen sein.

Ein sine cretione Eingesetzter kann erwerben nach II. 167 durch cretio wie pro herede gerere. Bei Ulp. 22, 25 ist die cretio schon fortgelassen. Mit dem ohne cretio Eingesetzten steht nach II, 167 der gesetzliche Erbe auf gleicher Stufe. Beide können nach II, 167 zu jeder beliebigen Zeit antreten.

II, 168 wiederholt zunächst einen Satz aus II, 166 betreffend den mit cretio Eingesetzten. Daran wird der weitere Satz gereiht, daß ein mit cretio Eingesetzter vor Ablauf der Cretionsfrist nicht ausschlagen könne.

3. Ulp. 22, 29 hat hier vorher eingeschoben: Sine cretione heres institutus si constituerit nolle se heredem esse, statim excluditur ab hereditate et amplius eam adire non potest.

Beim constituerit nolle se heredem esse brauchen wir nicht notwendig an eine formlose Willenserklärung zu denken. Das constituerit nolle se heredem esse kehrt auch wieder § 30. Ebenso begegnen wir bei Gai. II, 167 einem constituerit hereditatem non adire. Wir wissen nicht, wie die Form des repudiare beschaffen war. Vielleicht lautete die Form: Constituo me nolle heredem esse repudioque hereditatem P. Meuii; oder: Constituo me nolle adire hereditatem P. Meuii repudioque.

4. Der Komm. von Autun § 46 bedient sich sogar des Ausdrucks repudiare. Freilich ist für ihn das repudiare keine formelle Handlung mehr.

Der Komm. von Autun beschäftigt sich mit diesen Dingen §§ 43—56. Er scheint Ulpian und Gajus zusammengearbeitet zu haben. Er bringt sowohl das, was Ulpian hat und bei Gajus fehlt, als das, was Gajus hat und bei Ulpian fehlt.

§ 43 = Ulp. 22, 25.
§ 44 = Ulp. 22, 26.
§ 45 = Ulp. 22, 25.
§ 46 = Ulp. 22, 29.
§§ 47. 48 = Gai. II, 169.
§§ 49. 50 = Ulp. 22, 30.
§ 51 = Gai. II, 167. 169.
§§ 52—56 = Gai. II, 167.

Der § 56 ist der einzige Paragraph, wo Gajus zitiert wird. Und dieses Zitat ist recht bemerkenswert. Es heißt hier: et quod dixit Gaius, prout moderatus fuerit ipse praetor, ita tempus constituitur. Darnach wird man doch annehmen müssen, daß der Kommentator ein Exemplar vor Augen hatte, das von einem moderari des Prätors sprach. Nun heißt es aber in der Veroneser Handschrift II, 167[a] einfach: Solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere. Es scheint demnach der Gajus, den der Kommentator von Autun benutzte, nicht ganz mit dem Gajus der Veroneser Handschrift übereinzustimmen. Oder da es sich hier um einen nachgajanischen Zusatz handelt, müssen wir genauer so sagen: der nachgajanische Zusatz in dem Exemplare des Kommentators war etwas anders gefaßt als in der Veroneser Handschrift.

Wir begegnen einem tempus moderatum sonst noch c. 9 de iure del. 6, 30 vom Jahre 293: rector igitur aditus prouinciae . . si tempus ad deliberandum petierint, moderatum statuet.

48. Cretio uulgaris und certorum dierum. II, 170—173.

Gajus, bzw. seine Vorlage, unterscheidet zwischen einer cretio uulgaris und certorum dierum.

Ebenso der Kommentar von Autun § 60, wo aber dem certorum dierum noch uerborum vorgesetzt worden ist.

Ulp. 22, 31. 32 stellt einander gegenüber cretio uulgaris und continua. Und wie die uulgaris bei Gajus sich im § 171 einen Zusatz vielleicht aus Ulpian hat gefallen lassen müssen, so ist auch im § 173 die continua von einem Nachgajaner lose angereiht worden.

Die cretio certorum dierum ist wohl das jüngere Rechtsgebilde, das nicht imstande war, die uulgaris zu verdrängen.

Gajus selber scheint sich auf die Bemerkung beschränkt zu haben: es sei angemessener, sich der cretio uulgaris zu bedienen. Der Nachgajaner fügt hinzu, wenn ich richtig aufgelöst habe: daß die uulgaris nur noch in Gebrauch sei.

49. De substitutionibus. II, 174—178.

Die Antretung einer Erbschaft mußte einmal stets in Gestalt der cretio erfolgen. Diese Erbschaftsantretung hat sich übertragen auf den testamentarischen Erben. Dem entspricht die Erbeseinsetzung: Heres Titius esto cernitoque. Siehe Erkl. 43.

Die substitutio ist ebenfalls eine Erbeseinsetzung: für den Fall, daß der zunächst Berufene die Erbschaft nicht erwirbt, die cretio nicht vornimmt. Und für diesen Fall wird cretio von dem in zweiter Linie Berufenen verlangt: quodni ita creueris exheres esto, tum Meuius heres esto cernitoque.

Es ist gestattet, mehrere an Stelle eines Einzigen zu substituieren: in unius locum substituere plures. Ein Beispiel dieser Art bietet dar das Testament des C. Longinus Castor, Bruns-Gr. n. 119 I Zle. 10—12: εἴ τι ἐὰν ἀνθρώπινον πάθῃ Μαρκέλλα . . . τότε τὸ μέρος τῆς κληρονομίας

ἑαυτῆς πρὸς Σαραπίωνα καὶ Σωκράτην καὶ Λόγγον καταντῆσαι θέλω.

Oder man kann auch einen an die Stelle von mehreren substituieren: in plurium locum unum. Ein solches Beispiel könnte das Testament des Dasumius, Bruns-Gr. n. 117 Zle. 14 enthalten haben.

Später braucht die Erbschaftsantretung nicht mehr in Gestalt der cretio zu erfolgen, es genügt einmalige pro herede gestio. Aber bei der testamentarischen Erbeseinsetzung hält man wegen des exheres esto fest an dem Erfordernis der cretio.

Indessen auch die Erbeseinsetzung fügt sich dem Zuge der Zeit. Man läßt das exheres esto fort: es wird angeordnet eine cretio sine exheredatione. Hier hing es vom Belieben des Eingesetzten ab, ob er auf dem Wege der cretio oder der pro herede gestio Erbe werden wolle.

Wenn sich nun aber einer Erbeseinsetzung mit cretio sine exheredatione eine Substitution angeschlossen hatte, und der zunächst Berufene die pro herede gestio vorzog? Dann trat doch auch für den Substituten die Bedingung ein: quodni ita creueris tum Meuius heres esto. Also war auch der Substitut berufen. So waren denn zwei auf die ganze Erbschaft berufen: man ließ sich beide die Erbschaft teilen.

Hierbei tauchte eine Streitfrage auf. Soll bei Vornahme einer pro herede gestio von seiten des zunächst Berufenen der Substitut sofort Anspruch auf die Hälfte haben; oder soll es dem zunächst Berufenen gestattet sein, solange die Cretionsfrist läuft, die Cretionshandlung noch nachzuholen? Sabinus entschied sich für die letztere Ansicht.

Die cretio sine exheredatione nennt Ulp. 33, 34 imperfecta. Karlowa, Röm. Rtsgesch. Bd. 2 S. 898. 899 hält die cretio sine exheredatione für die ursprüngliche Form, was mir sehr unwahrscheinlich vorkommt.

Der Komm. von Autun § 60 bringt noch die Form für die cretio sine exheredatione, bietet dann aber wieder eine Lücke dar.

Kaiser Marcus hat später verfügt, daß bei Anordnung einer cretio sine exheredatione der zunächst Berufene auch durch pro herede gerere den Substituten vollständig ausschließe: Ulp. 22, 34.

50. Die Pupillarsubstitution. II, 179—184.

Verstehe ich den Satz der Zwölftafeln V, 4 Si intestato moritur usw. richtig, so konnte im alten Rom ein Vater, der Kinder hatte, über seinen Nachlaß nicht testamentarisch verfügen: siehe oben Erkl. 5. Selbst nachgeborene Kinder stießen ein Testament um.

Andererseits hatte aber ein Vater, der unmündige Kinder hinterließ, die Befugnis, diesen einen Vormund zu bestellen. Insofern reichte seine Gewalt bis an die Jahre der Mündigkeit heran.

Wie war es nun, wenn das hinterlassene Kind vor Erreichung der Mündigkeit starb? In späterer Zeit hat der Vater die Berechtigung, für diesen Fall Vorsorge zu treffen, er ernennt einen Pupillarsubstituten.

Die Pupillarsubstitution ist Erbeseinsetzung, mithin dem alten Manzipationstestamente noch ferne zu halten. Aber der Gedanke, welcher ökonomisch durch die Pupillarsubstitution verwirklicht wird, ist vielleicht älter als diese. Jedenfalls hätte die Durchführung dieses Gedankens beim alten Manzipationstestamente nicht die geringste Schwierigkeit bereitet.

Denn das 'ita do, ita lego' des Testators hätte sich anlehnen können an die Möglichkeit, daß das Kind während der Unmündigkeit verstürbe. Und die Worte, die der Vormund nach Erkl. 6 unter 2 gemäß II, 104 vermutlich zu sprechen hatte, 'familiam pecuniamque tuam endo mandatela tutela mea esse aio; ea, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta' scheinen sich dieser Möglichkeit ganz gut anzupassen. Starb das Kind während der Unmündigkeit, so fiel dem Vormund die Rolle des einfachen familiae emptor zu.

Daß dasjenige, was auf diese Weise den Legataren zukam, bzw. dem familiae emptor verblieb, als Gabe des Vaters aufgefaßt wurde, will einleuchten. Das Kind kann nicht testieren; der Vater nur, wenn das Kind in der Unmündigkeit verstirbt. Das lebende Kind schließt den Vater vom Testieren aus, das verstorbene kommt nicht weiter in Betracht. So liegt denn auch nur ein Testament vor, und zwar ein Testament des Vaters über seinen Nachlaß.

Später wird die Erbeseinsetzung Erfordernis des Testamentes. Auch der Vater des Unmündigen muß für den Fall, daß das Kind in der Unmündigkeit versterbe, einen Erben ernennen. Damit haben wir die Pupillarsubstitution.

Auf dieselbe überträgt man zunächst die alte Auffassung. Der Pupillarsubstitut ist Erbe des Vaters, das in der Unmündigkeit verstorbene Kind wird nicht gerechnet. Aber man mußte sich sagen: das Kind ist ja bereits ipso iure Erbe des Vaters gewesen, also kann der Pupillarsubstitut immer nur Erbe des Kindes sein. So entsteht eine andere Auffassung, die uns II, 180 entgegentritt. Man muß die Sache entweder so ansehen, daß der Vater für sich und sein Kind ein Testament errichtet habe; oder will man an dem einen Testamente festhalten, so erstreckt sich dasselbe mindestens auf zwei Erbschaften.

Bekanntlich ist es der römischen Wissenschaft nicht gelungen, diese Zwiespältigkeit, die uns bei der Pupillarsubstitution entgegentritt, zu überwinden. Vgl. darüber Vangerow, Pand. Bd. 2 [7] S. 176 flg.; Keller, Institutionen S. 270 flg.; Karlowa, Röm. Rtsgesch. Bd. 2 S. 875 flg.; Girard-von Mayr S. 906.

Diese Unausgereiftheit mag damit zusammenhängen, daß später im Universalfideikommiß ein Mittel gegeben war, die ökonomischen Zwecke, denen die Pupillarsubstitution diente, im großen und ganzen auf andere Weise zu erreichen. Auf diese Verwandschaft zwischen Pupillarsubstitution und Universalfideikommiß macht Gajus in dem von ihm angefügten § 184 schon selber aufmerksam.

Ferner hebt Gajus § 183 hervor, daß auch bei nachgeborenen Kindern eine Pupillarsubstitution möglich sei. Die Formel, mittels der dies geschah, teilt uns Cic. de inu. 2. 42 § 122 wenigstens teilweise mit. Paterfamilias cum liberorum haberet nihil, uxorem autem haberet, in testamento ita scripsit: 'Si mihi filius genitur, unus pluresue, is mihi heres esto'. Deinde quae solent. Postea 'Si filius ante moritur, quam in tutelam suam uenerit, tum mihi ille heres esto'.

Als Pupillarsubstitut erscheint die Frau. Der Mann will in erster Linie für sein Kind, dann für seine Frau sorgen, damit sein Vermögen nicht etwa entfernten Agnaten anheimfalle.

51. Der Inhalt von II, 181.

Der Inhalt von II, 181 macht keinen einheitlichen Eindruck. Wir haben hier vermutlich vor uns die Zusätze von mehreren Nachgajanern. Ich habe diese Mehrheit durch die Absätze angedeutet.

1. Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 875 leitet zur Pupillarsubstitution in folgender Weise über: 'Neben der bisher besprochenen Substitution, welche von den römischen Juristen als die uulgaris bezeichnet wird'. Dieser Punkt bedarf zunächst der Erörterung.

Freilich nicht für den, der unser Lehrbuch für eine einheitliche Arbeit des Gajus ausgibt. Und durch diese Vorstellung wird sich Karlowa vermutlich haben täuschen lassen. Wir finden nämlich diese Bezeichnung sonst gar nicht bei den klassischen Juristen. Insonderheit auch nicht im liber singularis regularum. Vielmehr stellt hier Ulpian 23, 7 beide Arten der Substitution in folgender Weise einander gegenüber: Liberis impuberibus . . heredes substituere parentes possunt duplici modo: id est aut eo cum (quo) extraneis, ut, si heredes non extiterint liberi, substitutus heres fiat; aut proprio iure, id est si post mortem parentis heredes facti intra pubertatem decesserint.

Näher kommt der Bezeichnung schon Mod. fr. 4 § 2 de uulg. 28, 6: in uulgarem tantummodo casum factam uideri substitutionem. Aber es bleibt doch immer eine Annäherung.

Zuerst findet sich die uulgaris substitutio im westgotischen Gajus II, 4 pr. § 1. Dann tritt sie uns entgegen in den Ueberschriften Dig. 28, 6 De uulgari et pupillari substitutione und I. I. II, 15 De uulgari substitutione.

So gesellt sich denn den sprachlichen Bedenken, die ich bereits vorbrachte, ein weiteres hinzu, das von ausschlaggebender Bedeutung sein dürfte: der § 181 in der Gestalt, wie er vorliegt, kann nicht schon von Gajus herrühren.

2. Der Urheber werden mehrere sein.

Zunächst ist von der uulgaris substitutio die Rede, die einen Gegensatz bilden sollte zur Pupillarsubstitution. Aber bevor dieser Gegensatz sich näher entwickelt, wird diese Darstellung unterbrochen durch eine Zwischenbemerkung über die uulgaris substitutio. Und diese Unterbrechung hatte ihren guten Grund. Bisher war die uulgaris substitutio noch gar nicht vorgekommen: also mußten doch die Zuhörer darüber aufgeklärt werden, was sie darunter verstehen sollten.

3. Ich fasse nunmehr zusammen, was ursprünglich zusammengehörte: der mit At illam beginnende Satz schloß sich einmal unmittelbar an dem instituimus.

Der Nachgajaner Eins vergegenwärtigt sich die Gefahren, denen ein zum Erben eingesetzter Unmündiger im Falle einer Pupillarsubstitution ausgesetzt sei.

Bei der gewöhnlichen Substitution sei es üblich, sie an der Stelle zu veröffentlichen, wo der Unmündige zum Erben eingesetzt sei. Das kann doch nur so viel bedeuten: wenn das Testament öffentlich verlesen wird, und der Verlesende an die Stelle kommt, wo der Unmündige zum Erben eingesetzt ist; so hat er nicht bloß die Erbeseinsetzung, sondern auch die gewöhnliche Substitution zu verlesen.

Mit der Pupillarsubstitution verhalte es sich anders. Die

werde auf besondern Tafeln niedergeschrieben, die besonders versiegelt würden: und in den Tafeln des Haupttestamentes werde besonders vermerkt, daß sie während der Unmündigkeit des eingesetzten Erben nicht geöffnet werden dürften.

4. Der Nachgajaner Zwei, von dem die Zwischenbemerkung betreffend die gewöhnliche Substitution herrührt, erklärt sich damit einverstanden: daß von einem gewöhnlichen Substituten kein Verbrechen zu befürchten sei, da, solange der Testator lebe, niemand den Inhalt des Testamentes kenne.

5. Jetzt taucht noch ein Dritter auf: es sei doch sicherer, für beiderlei Arten von Substitutionen besondere Tafeln zu versiegeln.

Die Begründung hat Schwierigkeiten bereitet. Es kommt vor allen Dingen darauf an, wie wir das ut diximus zu verstehen haben. Soll es sich auf den neuen Vorschlag beziehen? Das scheint am nächsten zu liegen. Aber auf diese Weise ist es kaum möglich, einen erträglichen Sinn hineinzubringen.

Ich glaube, der Satz Quae . . substitutiones, dem sich das ut diximus anlehnt, bezieht sich auf die zu Anfang gemachte Unterscheidung zwischen der gewöhnlichen und der Pupillarsubstitution. Diese Unterscheidung darf man nach der Meinung des Nachgajaners Drei da nicht zur Anwendung bringen, wo gewöhnliche und Pupillarsubstitution miteinander verbunden sind. Dies ist aber der regelmäßige Fall. Und diese Verbindung wird sogar in späterer Zeit für selbstverständlich angesehen, wenn der Ausdruck sich nur auf den einen Fall der Substitution bezieht: Mod. fr. 4 pr. de uulg. et pup. 28, 6. Wegen des früheren Rechtes, insonderheit der M.' Curii causa verweise ich auf Girard-von Mayr S. 904.

Halten wir uns nun an die Form, wie sie dem Nachgajaner Drei vorschwebt: Titius filius meus mihi heres esto, si filius meus mihi heres non extiterit siue heres mihi erit et hic prius moriatur quam in suam tutelam uenerit, tunc esto Seius heres testamento.

Nachgajaner Drei meint nun: es genügt nicht, wenn

bloß die Pupillarsubstitution besonders verschlossen würde, es müßte dies auch mit der gewöhnlichen Substitution geschehen; denn sonst kann durch die frühere Tafel (mit der gewöhnlichen Substitution) erkannt werden (priore potest intellegi), daß auf einer andern Tafel derselbe in anderer Weise substituiert wurde (in altera aliter quoque idem esse substitutus). Bei der innigen Beziehung, welche zwischen gewöhnlicher und Pupillarsubstitution obwalten, wird dann natürlich ein jeder sagen: der Sejus, von dem uns vorgelesen, daß er Erbe sein soll, si filius meus mihi heres non extiterit, ist nicht bloß ein gewöhnlicher Substitut, sondern zugleich der Pupillarsubstitut.

In dieser Weise hat bereits Pöschmann, Studien zu Gajus Heft 1 S. 14 flg. den Schlußsatz unserer Stelle richtig erklärt, wenngleich auf Grund eines etwas anders gestalteten Textes.

6. Es ist vorgekommen, daß Unmündige vom Pupillarsubstituten ermordet wurden. Suet. Galba 9: et tutorem, quod pupillum, cui substitutus heres erat, ueneno necasset.

Ob dies der Grund für Beobachtung der hier geschilderten Form war, wie unsere Nachgajaner anzunehmen scheinen? An sich ist es doch ganz naturgemäß, daß ein letzter Wille nicht vor dem Tode des Erblassers veröffentlicht wird. Wir erleben das Gegenteil wohl bei gemeinschaftlichen Testamenten der Ehegatten, das dann aber immer einen eigentümlichen Eindruck macht. Deshalb schreibt vor BGB. § 2273: ‘Bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testamentes sind die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen’.

Für die römische Praxis kommt in Betracht Ulp. fr. 8 testam. quemadm. ap. 29, 3: Pupillares tabulas, etiamsi non fuerit superscriptum ne aperirentur, attamen, si seorsum eas signatas testator reliquerit, praetor eas aperiri nisi causa cognita non patietur.

Es bedarf also gar keines besondern Vermerkes, daß die Pupillarsubstitution nicht zugleich mit dem Haupttestamente eröffnet werde; der Prätor sorgt schon dafür, wenn die Pupillarsubstitution auf besondern Tafeln niedergeschrieben wurde.

Immer ist diese Form also gar nicht beobachtet worden. Auch sind wir bereits bei Iul. fr. 8 § 4 de b. p. s. t. 37, 11 einer mündlichen Pupillarsubstitution begegnet: vgl. darüber Erkl. 16 unter 1. Siehe ferner Ulp. fr. 20 § 1 de uulg. 28, 6.

7. Unser § 181 ist hinübergenommen in den westgotischen Gajus II, 4 § 2 und I. I. II, 16 § 3. Aber in abgekürzter Gestalt. Etwas ausführlicher wird dann wieder Theoph. II, 16, § 3.

8. Neuerdings hat sich mit unserer Stelle beschäftigt Filippo E. Vasalli, Miscellanea critica fasc. 1 S. 28 Anm. 1. Er hält für Glosseme die beiden Sätze Vulgaris . . ignorentur und Sed longe tutius . . substitutus.

52. Der Inhalt von II, 182.

Der § 182 bildet in der HS. einen besondern Absatz, das scheint auf spätere Anfügung hinzuweisen. Wo mag dieser Satz aber herstammen?

Ein Vater ist berechtigt, auch enterbten Kindern einen Pupillarsubstituten zu ernennen.

Uralt kann der Satz jedenfalls nicht sein.

Wegen des eigentümlichen Lateins — subistituere statt substituere, possimus statt possumus, exhereditatis statt exheredatis, und am Ende gar ab statt ad — möchte man an einen Nachgajaner denken. Dem scheint entgegenzustehen: daß im folgenden § 183, den wir Gajus kaum absprechen dürfen, der fragliche Satz schon vorausgesetzt wird. Vielleicht sind aber hier die Worte uel heredum institutorum uel exheredatorum erst später eingeschoben.

Bei Ulp. 23, 8 heißt es: Etiam exhereditates filiis substituere parentibus licet. Hier wird exhereditates durch

exhereditatis zu ersetzen sein. Allem Anscheine nach hatte Ulpian unser Lehrbuch vor Augen, selbst das exhereditatis ist von ihm mithinübergenommen.

Sonst findet sich der fragliche Satz noch bei Terentius Clemens lib. 4 ad leg. Iul. et Papiam fr. 6 de uulg. 28, 6; Ulp. fr. 10 § 4 flg. ebenda; Mod. fr. 1 § 2 ebenda; c. 24 de leg. 6, 37 vom J. 531; I. I. II, 16 § 4.

Die Ueberlieferung geht also zurück auf Terentius Clemens. Derselbe war ein Zeitgenosse, vielleicht auch Schüler Julians: Fitting, Alter[2] S. 44; Paul Krüger, Quellen[2] S. 198.

Von ihm besitzen wir nur einige Bruchstücke aus seinem Werke ad legem Iuliam et Papiam: siehe dieselben bei Lenel, Paling. II, 335—342.

Diese reichen aber hin, um uns ein Urteil über sein Latein zu gestatten. Er schrieb nach Kalb, R. J. S. 62 'ein Latein, welches von dem der vollwiegenden Juristen jener Zeit bedeutend absticht'.

Ein eigenartiges Latein haben wir nun auch in unserer Stelle. So könnte denn hier aus Terentius Clemens nachgetragen sein.

53. Erbeseinsetzung eines Sklaven. II, 185—190.

Sowohl eigene wie fremde Sklaven können zu Erben eingesetzt werden.

1. Die eignen Sklaven müssen zugleich für frei erklärt werden. Eine Einsetzung ohne Freiheit hat keine Bedeutung, selbst wenn der Herr den Sklaven später freilassen sollte. Es entspricht dies der regula Catoniana. Celsus fr. 1 pr. de reg. Cat. 34, 7: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non ualere.

Ebenso verhält es sich, wenn die Freierklärung zwar erfolgte, aber die Bedingungen für die Freiheit nicht gegeben waren, der Sklave hatte z. B. noch nicht das Alter von 30 Jahren: II, 276. Vgl. zu dieser Stelle Bd. 1 S. 138.

2. Die Freierklärung durch Testament ist älter als die Erbeseinsetzung, denn erstere geht schon zurück auf die Zwölftafeln: Ulp. 1, 9; 2, 4.

Die Erbeseinsetzung hat sich also der Freierklärung zugesellt. Dies drückt sich auch in der herkömmlichen Formel aus: liber et heres esto. Ferner ist sachlich ausgeschlossen, daß jemand eher einem Sklaven von seinem Vermögen zuwenden kann, bevor er frei geworden. Das stimmt aber andererseits nicht zu dem Satze ante institutionem heredis testamento libertas dari non potest: Ulp. 1, 20; Gai II, 230. Ein solcher Satz hat also einmal nicht im Wege gestanden, wird daher vermutlich jünger sein.

Bemerkenswert ist in dieser Beziehung Ulp. fr. 9 § 14 de her. inst. 28, 5. Si quis ita scripserit 'Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto', Labeo, Neratius et Aristo opinantur detracto uerbo medio 'postea' simul ei et libertatem et hereditatem competere: quae sententia mihi quoque uera uidetur. Die Ausdrucksweise des Testators entspricht durchaus einer natürlichen Auffassung: erst die Freiheit, dann das Erbewerden. Das entspricht aber nicht dem Dogma der römischen Wissenschaft: mithin wird das postea herauspraktiziert.

Eine Einsetzung ohne Freiheit hat auch dann keine Bedeutung, wenn der eingesetzte Sklave vom Testator veräußert wurde. Dies weist uns darauf hin, daß die Einsetzung fremder Sklaven einmal eine Unmöglichkeit war.

3. Also wir haben unsern Ausgang zu nehmen vom eignen Sklaven, der zum Erben eingesetzt und für frei erklärt wird. Dieser ist heres necessarius.

Wenn der Testator einen solchen Sklaven bei Lebzeiten freiläßt, so soll der Sklave um deswillen der Erbschaft nicht verlustig gehen. Sie fällt ihm aber nicht ohne weiteres zu, er muß sie vielmehr antreten.

Wird der Sklave vom Testator veräußert, so kommt der Sklave um seine Freiheit, aber die Erbschaft kann vom neuen

Eigentümer erworben werden. Das ist Verlassen des alten Grundgedankens. Denn hier erwirbt ein fremder Sklave für seinen Herrn. Erklären mag sich diese Entwicklung daraus, daß bei Feststellung des Kaufpreises die Erbschaft mitberücksichtigt wurde. Erbeinsetzung erhöhte den Wert eines Sklaven. Ulp. fr. 23 pr. ad leg. Aq. 9, 2: Inde Neratius scribit, si seruus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem uenire.

Wer also einen Sklaven, den er zum Erben eingesetzt hatte, veräußerte, verkaufte damit zugleich seinen Nachlaß. Freilich war dies für den Käufer ein gewagtes Geschäft. Paul. fr. 63 pr. ad leg. Falc. 35, 2: seruus heres institutus . . cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat. Vor allen Dingen mußte sich ein solcher Käufer auf seinen Verkäufer verlassen können, der ja berechtigt war, die Erbeinsetzung jeden Augenblick wieder rückgängig zu machen.

Vielleicht bestand der Kaufpreis in jährlichen, monatlichen Leistungen, solange der Verkäufer lebte; dafür erhielt dermaleinst der Käufer das ganze Vermögen. Auf diese Weise wäre ökonomisch unser Leibrentenvertrag verwirklicht.

Der Sklave selber war am Ende mehr Nebensache. Wer den Nießbrauch am Sklaven schon verkauft hatte, konnte ihn noch immer zu einem derartigen Geschäfte benutzen: pr. I. de her. inst. II, 14: proprius autem seruus etiam is intellegitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usum fructum habente.

4. Wenn eine Erbeinsetzung dadurch nicht hinfällig wurde, daß der Testator den eingesetzten Sklaven verkaufte, so lag es nahe, gleich von vornherein die Einsetzung eines fremden Sklaven zu gestatten. Auf diese Weise erhöhte jemand den Wert eines fremden Sklaven. Vielleicht erfolgte dafür eine Gegenleistung.

Verkaufte dann ein solcher Eigentümer einen solchen Sklaven, sei es bei Lebzeiten des Testators oder nach dessem Tode, bevor er die cretio vorgenommen hatte: so war die

Erbschaft beim Kauf mitinbegriffen, die cretio mußte dann geschehen auf Geheiß des neuen Eigentümers.

5. Ulp. 22, 7. 10 berücksichtigt auch den gemeinschaftlichen Sklaven. Die Erbeinsetzung eines solchen scheint häufig gewesen zu sein. Vgl. darüber Mühlenbruch Fortsetzung Bd. 39 S. 200 flg.; Salkowski Sklavenerwerb S. 7 flg.

6. Nach Justinianschem Rechte wurde die Einsetzung eines eignen Sklaven zugleich als Freierklärung aufgefaßt: c. 5 de nec. seru. 6, 27 § 1 b. c. vom Jahre 531. Dieselbe Ansicht hatte schon Atilicinus ausgesprochen, ohne aber damit durchzudringen: pr. I. de her. inst. II, 14: et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert.

54. Adire und cernere hereditatem. II, 187—190.

Es ist nicht unwichtig, sich über den Sprachgebrauch von adire und cernere hereditatem klar zu werden. Dazu bieten die §§ 187—190 eine gute Gelegenheit.

1. Im § 187 haben wir cernere, im § 188 zweimal adire, § 189 zweimal adire und zweimal cernere, im § 190 einmal cernere.

Augenscheinlich sind adire und cernere gleichbedeutend gebraucht, und zwar bezieht sich adire auf die formelle Erbschaftsantretung. Hierfür ist namentlich ausschlaggebend § 189: adire debet . . antequam cernat, debet iussu noui domini cernere . . suo arbitrio adire hereditatem potest.

Unterstützend mag auf die Formel hingewiesen werden hereditatem adeo cernoque. Eine Handlung, bei der diese Worte gesprochen wurden, konnte man ebenso füglich mit adire hereditatem wie mit cernere hereditatem bezeichnen.

2. Gajus berücksichtigte nur den Sklaven. In ähnlicher Weise verhielt es sich mit dem Hauskinde.

Dem Antritt der Erbschaft von seiten des Sklaven oder Hauskindes mußte ein Befehl des Herrn bzw. Vaters vorauf-

gehen. Nachträgliche Genehmigung wie bei Erwerb der bonorum possessio genügte hier nicht. Vgl. einerseits Ulp. fr. 25 § 4 de adq. 29, 2: iussum eius qui in potestate habet . . praecedere debet, ut Gaius Cassius . . scribit; andererseits Ulp. fr. 6 § 1 ebenda: Sed in bonorum possessione placuit ratam haberi posse eam, quam citra uoluntatem adgnouit is qui potestati subiectus est.

3. Dieser voraufgehende Befehl des Herrn bzw. Vaters legt schon Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 107 den Gedanken nahe, daß der Erbschaftsantritt der gewaltunterworfenen Person stets in Gestalt der cretio erfolgte. Und was Mandry nur vermutet, läßt sich streng erweisen.

Bei Ulp. fr. 25 § 7 de adq. 29, 2 heißt es: quid si pro herede gerere mandauit, filius adiit hereditatem? an iussu uideatur adisse, dubitari potest. Wäre ein pro herede gerere des Sohnes oder Sklaven zum Erbschaftserwerb genügend gewesen, so hätte ein Zweifel darüber kaum auftauchen können: ob ein Auftrag zum pro herede gerere als ein Befehl zum adire aufgefaßt werden könne.

Also beim Erbschaftserwerb eines Sklaven oder Hauskindes hat sich die alte Einrichtung erhalten, daß der Erwerb, sofern eine Handlung nötig, nur auf dem Wege der cretio erfolgen könne.

Für Hauskinder kommt in dieser Beziehung nicht bloß das testamentarische, sondern auch das gesetzliche Erbrecht in Betracht. In letzterer Beziehung hat erst Kaiser Constantin durch c. 1 C. Th. de leg. her. 5, 1 vom Jahre 321 die cretio beseitigt.

Beim Sklaven ist die cretio erforderlich, sofern er nicht als Freier und notwendiger Erbe für sich erwirbt. Sie beschränkt sich naturgemäß auf das testamentarische Erbrecht. Die Handlung ist von ihm selber auf Befehl seines Herrn vorzunehmen. Bei der cretio uulgaris kommt für Zählung der Tage sein Wissen und Können in Betracht. Ist er in-

zwischen freigelassen, so hängt die Vornahme der cretio vom eigenen Willen ab.

4. Mit cernere wird hier gleichbedeutend adire gebraucht. Gajus in den betreffenden Paragraphen wechselt zwischen beiden Ausdrücken ab. Ulpian in der Parallelstelle 22. 12. 13 sagt nur adire. Diesem Umstande möchte man entnehmen, daß im Laufe der Zeit das cernere mehr und mehr durch das adire verdrängt wurde. Jedenfalls wäre es unrichtig, wenn man in Pandektenstellen, die sich ursprünglich auf die cretio bezogen, das adire jedesmal durch cernere ersetzen wollte. Das cernere mag häufig einem adire Platz gemacht haben, aber nicht immer. So liegt wohl kaum ein zwingender Grund vor, in der oben ausgeschriebenen Stelle von Ulpian fr. 25 § 7 de adq. mit Lenel 2491 das adiit durch creuit zu ersetzen, obwohl allerdings die cretio gemeint ist.

5. Neben dieser engeren Bedeutung hat aber adire auch eine weitere, indem es das pro herede gerere mit umfaßt. Gai. III, 86: ante aditam uero hereditatem cedendo nihil agit. In dieser Beziehung heißt es c. 1 C. Th. de leg. her. 5, 1 vom Jahre 321: aditione simplici arrepto rerum quolibet corpore. Den Gegensatz zu dieser aditio simplex bildet die formelle aditio bzw. cretio.

55. Eine systematische Bemerkung. II, 191.

Im § 97 suchte Gajus es zu rechtfertigen, daß er das Legatenrecht nicht unmittelbar angeschlossen habe, quo et ipso singulas res adquirimus. Hier entschuldigt er umgekehrt die Einschiebung der Legate: nam loquimur de his iuris figuris, quibus per uniuersitatem res nobis adquiruntur.

Ist es richtig, daß der Grundstock noch gar keine Erbeseinsetzung kennt, so hat auch der Erwerb des testamentarischen Erben einmal gar keine Trennung verursacht. Ferner sahen wir, daß die in den §§ 65—79 angeschlossenen und auf eine naturalis ratio zurückgeführten Eigentumserwerbsarten erst von Gajus hinzugefügt sind: siehe Abt. 1 Erkl. 41. 42. Für

den Grundstock bleiben nur übrig außer der Tradition die drei zivilen Erwerbsarten: mancipatio, in iure cessio, usus. Dem usus reihte sich einmal in nicht zu großer Entfernung das Legatenrecht an. Dazwischen kämen nur in Betracht einige in den §§ 64. 86. 87. 89. 90 enthaltene Bemerkungen über die Stellvertretung: siehe Abt. 1 S. 291. 292.

Das Legat hat zur Voraussetzung ein Testament. Als solches kommt vorzugsweise das Manzipationstestament in Betracht, und in dieser Beziehung bietet sich uns eine ganz eigenartige Erscheinung dar.

Zunächst werden erörtert die drei Voraussetzungen: familiae uenditio, nuncupatio, testes. Ferner ist die Rede vom Soldatentestament: §§ 109—111. Hierauf folgt die testamenti factio. Dann werden wir in den §§ 115. 116 überrascht durch die Bemerkung: daß die genannten drei Voraussetzungen nicht genügten, sondern als allerwichtigste sei die Erbeseinsetzung zu betrachten. Der hinkende Bote kommt nach!

Für diese Auseinanderreißung gibt es wohl keine andere Erklärung, als daß ein alter Grundstock, der noch keine Erbeseinsetzung kannte, sich an dieser Stelle schon mit den Voraussetzungen des Manzipationstestamentes beschäftigte.

Während bei Gajus das Vermächtnis zwischen dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrecht erscheint, ist die Reihenfolge bei Sabinus: testamentarisches Erbrecht, gesetzliches Erbrecht, Vermächtnis. Siehe Erkl. 1. Bei Sabinus ist also das Legat von seiner ursprünglichen Stelle noch weiter entfernt worden.

56. Arten der Legate. II, 192.

Als Arten der Legate werden uns angegeben: Vindikationslegat, Damnationslegat, sinendi modo und per praeceptionem. Damit stimmt überein Ulp. 24, 2. Theoph. II, 23 § 5 nennt als fünftes das Partitionslegat: τὸ γὰρ παλαιὸν ἦν πέμπτον γένος ληγάτου καὶ ἐλέγετο partitίων.

1. Ueber dem Partitionslegat schwebt ein gewisses Dunkel.

Wenn Paul. fr. 27 leg. 1 von uindicare portionem spricht, so liegt es nahe an ein Vindikationslegat zu denken. Rudorff Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9 S. 308 hält die ganze Stelle für Justinianisches Machwerk und entscheidet sich für das Damnationslegat. Arndts Forts. Bd. 1 S. 32 meint, daß auch eine partitio sinendi modo legata vorkam. Nach Wlassak Z. R.G. Bd. 44 S. 199 A. 4, S. 200 flg. A. 3 S. 219 flg. leidet die Unterordnung der partitio unter den Begriff des Damnationslegates nicht den geringsten Zweifel. Ueber Streitigkeiten zwischen Sabinianern und Proculejanern berichtet Pomp. fr. 26 § 2 leg. 1. Eine umstrittene Stelle ist Paul. fr. 23 leg. 1: vgl. Mora des Schuldners Bd. 2 S. 278 flg.

Unmöglich wäre gar nicht, daß einmal das Partitionslegat eine Art für sich bildete, bis man es schließlich bei den andern vier Arten irgendwie unterbrachte.

Mir will es vorkommen, als ob das Partitionslegat in der Weise, wie es uns überliefert, schon eine Entwicklung durchgemacht hätte.

Der ältere Bestandteil wird sein die Teilung der körperlichen Sachen. Insofern dürfte dieses Legat schon berücksichtigt sein bei der Neuerung des Coruncanius um 500/254: vgl. zu Cic. de leg. 2, 19 § 48 Bd. 2 Abt. 1 S. 190 flg. Die ältere Ordnung verpflichtete nach Cic. de leg. 2, 20 § 49 zu den sacra den Legatar bzw. Treuhänder, wem von beiden am meisten zugewandt worden. Diese Bestimmung war leicht zu umgehen durch ein Partitionslegat: Legatur und Treuhänder bekamen an den körperlichen Sachen zwei gleiche Hälften. Insoweit würde also das Partitionslegat schon mit dem älteren Manzipationstestamente zu verbinden sein.

Für einen späteren Anbau halte ich die stipulationes partis et pro parte: siehe Ulp. 24, 25; 25, 15. Hier haben wir schon die Erbeseinsetzung. Zunächst bleiben zwar Forderungen und Schulden beim Erben, aber auf einem Umwege wird gleichwohl eine Teilung erreicht. Der Erbe muß versprechen, was er einzieht, mit dem Legatar zu teilen; und der

Legatar muß versprechen, für die Schulden zu seinem Teile mit aufzukommen.

Eine weitere Verwendung erfuhr dieses Legat infolge der lex Voconia. Vgl. Cic. pro Caec. 4, 11; pro Cluentio 7, 21; laudatio Murdiae aus dem 1. Jahrh. n. Chr. Bruns-Gr.[7] n. 127 Zle. 4: Omnes filios aeque fecit heredes, partitione filiae data; Kahn Zur Gesch. des röm. Frauenerbrts. S. 48.

2. Beim Damnationslegat und sinendi modo wird dem Erben mittels des damnas esto bzw. sinito eine persönliche Verpflichtung auferlegt. War das dem familiae emptor gegenüber schon zulässig? Dieser erhielt das Vermögen vom Testator nach § 103 manzipiert: qui a testatore familiam accipiebat mancipio. Darunter werden wir das Vermögen zu verstehen haben, sofern es aus körperlichen Sachen bestand. Der Testator trug ihm auf: quid cuique post mortem suam dari uellet. Dieser Auftrag wird sich ebenfalls auf die körperlichen Sachen beschränkt haben. Zur Geltendmachung seines Anspruches hatte der Legatar die Vindikation. Ob auch eine persönliche Klage, ist mir sehr zweifelhaft: siehe Erkl. 6 unter 6[d] und Erkl. 61 unter 1.

Ist demnach dem Damnationslegat und sinendi modo der heres wesentlich, so haben wir beide Legatenarten dem alten Manzipationstestamente noch fernzuhalten.

3. Jedenfalls reicht in die alte Zeit hinein das Vindikationslegat. Dasselbe ist allerdings später von dem Vorhandensein eines Erben, vom Erbschaftsantritte abhängig gemacht worden. Das hängt damit zusammen, daß die neue Erbeseinsetzung zum Hauptbestandteil des Testamentes erhoben wurde.

Daß das Vindikationslegat älter sein müsse, als das Damnationslegat und legatum sinendi modo hat schon Karlowa Röm. Rtsgesch. Bd. 2 S. 916 flg. näher ausgeführt.

4. Ueber das Alter des Präzeptionslegates sind sehr verschiedene Ansichten aufgestellt. Nach Buchholz Prälegate S. 35 soll es älter sein als die lex Furia. Kretschmar Prälegat S. 104 verweist es dagegen schon in die Urzeit. Für jüngeren Ursprung ist wieder Karlowa a. a. O. S. 921 eingetreten.

Das Präzeptionslegat macht vom Standpunkte der Erbeinsetzung nicht geringe Schwierigkeiten. Dagegen verträgt es sich sehr gut mit dem familiae emptor. Wenn der Testator bestimmte Gegenstände an Einzelne vermachte, so behielt der familiae emptor was übrig blieb. Es konnte aber der Testator auch umgekehrt dem familiae emptor bestimmte Sachen vorbehalten und das Uebrige an andere vermachen.

So scheint sich denn das do lego und praecipito einander zu entsprechen. Im einen Falle bekommt der familiae emptor den Rest, im andern Falle der Legatar.

Dieser Auffassung ließe sich anpassen eine Aeußerung bei Wlassak S. 198: 'das Vermächtnis durch Präzeption hat vermutlich ein langes Vorleben außerhalb der Gemeinschaft der von den Klassikern technisch so genannten 'Legate' zurückgelegt, ehe es diesem Begriff untergeordnet wurde.'

57. Das Vindikationslegat. II, 193—200.

Die altherkömmliche Form für das Vindikationslegat war do lego. Das lego ist eine nähere Bestimmung des do. Das Geben soll nicht sofort seine Wirkung äußern, sondern erst nach dem Tode des Gebenden.

Das do entspricht dem alten zweiseitigen Geschäft, das lego der einseitigen letztwilligen Verfügung. Vgl. Erkl. 6 unter 6a.

Oder vielleicht liegt dem do lego diese Doppelvorstellung zugrunde: do 'ich gebe', nämlich dem Bedachten; lego 'ich lege auf', nämlich dem familiae emptor.

1. Das Eigentum geht unmittelbar über auf den Legatar. Seit es eine Erbeseinsetzung gab nach Antritt der Erbschaft.

Wie verhält es sich mit dem Eigentum vor dem Antritt der Erbschaft nach dem Tode des Testators? Dies ist bezeichnender Weise eine Frage, die von den römischen Rechtsgelehrten in verschiedener Weise beantwortet wurde. Vgl. die gründliche Erörterung von Wlassak Z. R.G. Bd. 44 S. 196 flg. Hier wird zuförderst näher eingegangen auf Sabinus und die Altsabinianer, dann die neue Lehre Julians entwickelt, und schließlich von den Rechtsgelehrten nach Julian gehandelt.

2. Von Haus aus wird es eine derartige Frage gar nicht gegeben haben. Als es noch keine Erbeseinsetzung gab, erwarb der Legatar sofort mit dem Tode des Testators.

Als dann später die Erbeseinsetzung die Hauptsache wurde, trat auch das Vindikationslegat zu dieser in ein Abhängigkeitsverhältnis. Erst mit dem Antritt der Erbschaft sollte der Legatar Eigentümer werden. Aber ganz hat sich die alte Anschauung nicht verdrängen lassen. Wenn der Legatar vor dem Erbschaftsantritte stirbt, geht sein künftiges Eigentum gleichwohl auf seinen Erben über. Ulp. fr. 5 § 1 quando dies 36, 2: si purum legatum sit, ex die mortis dies eius cedit.

So ist in das römische Recht ein Widerspruch gekommen. Der Legatar, der vor dem Erbschaftsantritte gestorben, überträgt auf seinen Erben ein Eigentum, das erst im Augenblicke der Erbschaftsantretung erworben wird.

3. Zwischen Sabinianern und Proculejanern bestand eine Streitfrage: ob mit dem Erbschaftsantritt das Eigentum ohne weiteres erworben werde, oder ob eine Willenserklärung erforderlich sei. Für letztere traten die Proculejaner ein.

Zugunsten der Proculejaner wird bezug genommen auf eine Konstitution des Kaisers Pius Antoninus. Es handelt sich um einen Latinus, der einer Kolonie legiert worden. Die Senatoren sollen beraten: an ad se uelint pertinere, proinde ac si uni legatus esset.

Die Klagbarkeit der Gemeinden ausgesetzten Legate geht zurück auf die Kaiser Nerva und Hadrian: vgl. Ulp. 24, 28 und

dazu Societas publicanorum Bd. 1 S. 390. Ueber die Annahme hat, wie Pius Antoninus erklärte, der Senat zu entscheiden. Daraus folgt meines Erachtens aber noch gar nicht, daß Pius Antoninus sich auf die Seite der Proculejaner stellte. Denn wenn auch die Sabinianer mit der Erbschaftsantretung ohne weiteres Eigentumserwerb in der Person des Legatars annahmen, so konnte doch ein solcher Legatar auf sein Eigentum verzichten. Im übrigen wird mich der legierte Latinus Erkl. 58 noch besonders beschäftigen.

4. Die Ansicht der Sabinianer ist von den Kompilatoren Justinians gebilligt worden: Windscheid Pand. Bd. 3[7] § 643 Anm. 2; Girard von Mayr S. 1009 Anm. 2. Dieser Umstand läßt vermuten, daß sie schon früher in der Praxis die Oberhand erlangte, und in dieser Beziehung sind zwei nachgajanische Einschaltungen bemerkenswert. II, 194 wird die Ansicht der Sabinianer mit den Worten post aditam hereditatem statim schon vorweggenommen. II, 195 wird die Ansicht der Sabinianer weiter entwickelt: der Legatar erwerbe, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum; und wenn er ablehne, proinde esse atque si legatum non esset.

5. Wlassak S. 310 weist hin auf eine parallele Erscheinung im heutigen Konkursrecht. Wie verhält es sich hier mit der noch nicht angenommenen Erbschaft, dem noch nicht angenommenen Vermächtnis? Nach der gegenwärtigen K. O. § 9 S. 1 kann der Gemeinschuldner noch immer annehmen oder ausschlagen. Nimmt er an, so fließen Erbschaft und Vermächtnis zur Masse, da sie als unmittelbar mit dem Anfall erworben gelten. Bei Ueberschuldung der angenommenen Erbschaft ist indes der Verwalter berechtigt wie verpflichtet, die Erbenhaftung auf den Nachlaß zu beschränken: indem er bei zweifelloser Ueberschuldung den Nachlaßkonkurs, bei Unsicherheit des Vermögensstandes die Nachlaßverwaltung beantragt. Ob diese Behandlung der alten K. O. entsprach, darüber konnte man zweifelhaft sein. Demgemäß ist auch alte K. O. § 122 Z. 2 durch neue K. O. § 134 Z. 2 abgeändert worden. Da-

bei bleibt offene Frage, ob durch die neueste Festsetzung alle theoretischen Bedenken als erledigt gelten können.

6. Die Darstellung, welche Gajus über das Vindikationslegat bringt, verrät deutlich genug, daß sie nach und nach entstanden und zusammengefügt worden. In dieser Beziehung sind auch die Absätze in der Handschrift gar nicht so unbeachtlich.

a) Dem Grundstocke haben wir zunächst fern zu halten das S. C. Neronianum und die ganze Entwicklnng der Kaiserzeit, also namentlich die Streitfragen der Sabinianer und Proculejaner. Der Grundstock beschränkte sich wohl noch auf die Form do lego. Ihm können wir etwa überweisen den Anfang des § 193 und Anfang wie Schluß von § 196, sowie den § 199, wenn auch vielleicht nur in abgekürzter Gestalt.

b) Von Gajus sind hinzugefügt worden der § 194 und § 195, sofern wir es hier nicht mit nachgajanischen Zusätzen zu tun haben. Weiter in § 196 die nähere Ausführung anlangend das Erfordernis des quiritischen Eigentums. In § 198 die Umgestaltung des plerique putant. Endlich in § 200 die Streitfrage zwischen Sabinianern und Proculejanern.

c) Und was Gajus schon vorgefunden, hat sich auch erst allmählich aneinander gereiht.

Im § 193 sind andere Formen des Vindikationslegates dem do lego später hinzugefügt worden. In § 197 ist das S.C. Neronianum nachgetragen. Ein zweiter behandelt im § 198 den Fall, wenn der Testator die legierte Sache veräußert hat.

58. Der legierte Latinus Iunianus. II, 195.

Wenn jemand einen Sklaven in vollem Eigentum hatte und diesen auf unfeierliche Weise freiließ, so wurde der Freigelassene Latinus Iunianus: fr. Dos. 9. Als solcher lebte er zwar in Freiheit, im Tode war er aber wieder Sklave. Gai. III, 56: qui iam liberi uiuunt serui decederent. Vgl. Bd. 1 S. 134.

Trotz dieser Freiheit muß aber quiritisches Eigentum beim Freilasser zurückgeblieben sein, denn ein solcher Latinus konnte Gegenstand eines Vindikationslegates sein. Vgl. Vangerow, Latini Iuniani S. 84. Ebenso verhält es sich wohl mit dem Präzeptionslegat.

Auf den Legatar werden Rechte des Freilassers übergegangen sein. Es fragt sich aber, welche?

1. In erster Linie könnte man denken an das Vermögen des Latinen. Aber das Vermögen des damals noch lebenden Latinen kann doch nicht schon zum Nachlasse des Freilassers herangezogen sein. Und was das Vermögen des Latinen bei dessen eigenem Tode anbetrifft, so dürfte einer derartigen Behandlung nicht bloß das S.C. Largianum, sondern schon das frühere Recht im Wege stehen. Das S.C. Largianum überweist dieses Vermögen den Abkömmlingen des Freilassers, das frühere Recht dessen Erben: III, 63.

So bleiben nur übrig die Rechte auf Dienste. Von solchen Diensten der Latinen wird uns freilich, soweit ich sehe, nichts berichtet. Aber wenn sogar freigelassene römische Bürger zu Diensten verpflichtet wurden, wird dies um so mehr bei den Latinen der Fall gewesen sein.

2. Weiter wissen wir, daß die Vormundschaft über eine Latina oder einen unmündigen Latinus demjenigen zustand, der vor der Freilassung quiritischer Eigentümer gewesen war: Gai. I, 167. Eine solche Vormundschaft wird auf die Erben des quiritischen Eigentümers übergegangen sein, vgl. Rudorff, Recht der Vormundschaft Bd. 1 S. 225, also nicht dem Legatar zugestanden haben.

In unserer Stelle ist die Vermächtnisnehmerin eine Gemeinde, die ohnehin schon zur Uebernahme einer Vormundschaft als untauglich erscheint.

3. Der volle Eigentümer, welcher auf unfeierliche Weise freigelassen hatte, konnte eine feierliche Freilassung folgen lassen: durch solche iteratio ward der Latine römischer Bürger.

Stand eine derartige Befugnis auch einem Legatar zu?

Zu Zeiten des jüngern Plinius jedenfalls nicht. Dies ergibt Plini et Trai. epist. 104: Valerius, domine, Paulinus excepto Paulino ius Latinorum suorum mihi reliquit; ex quibus rogo tribus interim ius Quiritium des. Hätte Plinius selber das Recht der förmlichen Freilassung gehabt, so brauchte er nicht den Kaiser darum anzugehen, ihm hinterlassenen Latinen das ius Quiritium zu gewähren.

So hat schon Bethmann-Hollweg, De causae probatione S. 90 diese Stelle ganz richtig erklärt. Vangerow, a. a. O. S. 158 ist freilich anderer Ansicht. Er macht einen Unterschied, ob der Latine selbst oder das Recht auf sein Vermögen legiert sei. Es bleibt aber fraglich, ob ein Recht auf das Vermögen überall legiert werden konnte. Andererseits ist in der Pliniusstelle gar nicht von einem Recht auf das Vermögen, sondern allgemein von einem ius Latinorum suorum die Rede.

4. Die Zahl der Latinen kann keine geringe gewesen sein. Aus unserer Stelle sehen wir, daß sie auch Gemeinden legiert wurden. Solche Latinen werden im Gemeindedienste ihre Verwendung gefunden haben, vielleicht als Vorgesetzte der serui publici.

59. Gegenstand des Vindikationslegates. II, 196.

Gegenstand des Vindikationslegates ist quiritisches Eigentum in der Person des Testators; und zwar muß dieses quiritische Eigentum zu zwei Zeitpunkten vorhanden sein: zur Zeit der Testamentserrichtung wie im Augenblicke des Todes.

Beiseite zu lassen haben wir zunächst den Gegensatz von res mancipi und nec mancipi, der erst später auftaucht; dagegen haben wir unsern Ausgang zu nehmen von den beweg-ichen Sachen, auf die sich einmal die Manzipation beschränkte. Vgl. Bd. 1 S. 212 flg.

Später wird die Manzipation auf Grundstücke miterstreckt. Diese Erweiterung macht das Manzipationstestament mit. Sie

kommt zum Ausdruck in der späteren Formel des Treuhänders: familiam pecuniamque tuam endo mandatela mea esse aio: siehe oben Erkl. 6.

Nun ist es bemerkenswert: daß sich die Erweiterung zunächst zeigt beim Treuhänder, während das Uti legassit super pecunia uns beim Legatar noch auf die alte Beschränkung hinweist: siehe oben Erkl. 5. Wir werden also einen Rechtszustand anzunehmen haben, wonach einmal das Grundstück beim Treuhänder verblieb und nur bewegliche Sachen legiert werden konnten.

Wenn ferner das Vindikationslegat zu seiner Gültigkeit quiritisches Eigentum zu zwei Zeitpunkten verlangte, so mußte alles Eigentum, welches der Testator nach der Testamentserrichtung erwarb, ebenfalls dem Treuhänder zufallen.

In dieser Beziehung verdienen besondere Beachtung die vertretbaren Sachen, quae pondere numero mensura constant. Von dem Kupfer, Gelde, Oel, Getreide, das der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung noch hatte, wird im Augenblicke des Todes häufig nichts mehr vorhanden gewesen sein. Die vertretbaren Sachen zur Zeit des Todes werden also ebenfalls meistens dem Treuhänder zugute gekommen sein.

In diesen Zusammenhang ist nun eine Erscheinung zu stellen, die uns III, 175 beim Damnationslegat entgegentritt: De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet, et ita si certum sit; quidam et de eo, quod mensura constat, inde existimant.

Es handelt sich um eine Scheinzahlung, die benutzt wird, um eine Schuld zu tilgen. Sie war ursprünglich nur zulässig bei dem Damnationslegat, dessen Gegenstand vertretbare Sachen bildeten, die zugewogen bzw. zugezählt wurden.

Demnach wird anzunehmen sein, daß sich das Damnationslegat einmal auf solche vertretbare Sachen beschränkte. Vgl. Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 918.

Zunächst hat sich dann das Gebiet des Damnationslegates

dahin erweitert, daß auch vertretbare Sachen, die zugemessen wurden, auf diese Weise vermacht werden konnten: vgl. tit. D. de tritico uino uel oleo legato 33, 6. Ob hier die Scheinzahlung ebenfalls zur Tilgung zu benutzen sei, blieb eine Streitfrage.

Also das Damnationslegat greift gerade bei den vertretbaren Sachen ein, die von Haus aus beim Vindikationslegat Schwierigkeiten bereiten mußten.

Dies wird die Veranlassung geworden sein, daß man beim Vindikationslegat von der herkömmlichen Strenge nachließ und sich begnügte mit einem quiritischen Eigentum zu der Zeit, wo der Testator starb.

60. Statuliberi. II, 200.

Statuliberi sind Sklaven, deren Freiheit der Testator vom Eintritt einer Bedingung oder dem Ablauf einer Frist abhängig gemacht hatte. Die Bedingung bildete die Regel. Festus Th. 458: Statuliber est, qui testamento certa condicione proposita iubetur esse liber.

Eine Frist tritt uns z. B. entgegen bei Scaeu. fr. 69 § 2 de eu. 21, 2: Stichus post annum liber esto.

Eine gewöhnliche Bedingung war si rationes reddiderit oder ähnlich: Hermog. fr. 53 de iud. 5, 1. Genauer Stichus seruus meus actor si rationem omnem actus sui heredi meo reddiderit eoque nomine satis fecerit: Scaeu. fr. 40 § 3 de statulib. 40, 7. Oder si Dama seruus meus actus sui, qui agitur nomine eius et Pamphili conserui sui, heredi meo rationes reddiderit pariaque fecerit a die mortis meae intra mensem sextum: ebenda § 8. Es handelt sich um das Geschäft eines argentarius coactor, das unter der Firma Dama et Pamphilus betrieben wurde.

Einem solchen Sklaven konnte sein Pekulium gelassen oder auch entzogen werden. Scaeu. fr. 40 § 3 de statulib. 40, 7: dari uolo uiginti et peculium suum. Ebenda § 1: peculio suo heredibus uere dato.

Häufig wurde die Freiheit von Zahlung einer bestimmten Summe abhängig gemacht. Diese konnte indes aus dem Pekulium genommen werden. Ulp. fr. 3 § 1 de statulib. 40, 7: receptum est enim, ut seruus peculiares quoque nummos dando perueniat ad libertatem.

Oder es wurden Dienste verlangt. Labeo fr. 41 pr. h. t.: si triennio operas dederit.

Sonstige Bedingungen. Paul. fr. 4 § 7 h. t.: si Titius Capitolium ascenderit. Marcellus fr. 24 h. t.: si heredi meo decem promiserit uel operas daturum se iurauerit. Ulp. fr. 13 pr. de man. test. 40, 4: si insulam aedificauerint uel si statuam posuerint. Pap. fr. 34 § 1 de statul. 40, 7: si in Hispaniam profectus anno proximo fructus coegerit. Mod. fr. 14 de fideicom. lib. 40, 5: si uxori meae placeat. Pomp. fr. 162 § 1 de uerb. sign. 50, 16: si quid filio meo acciderit. Iulianus fr. 15 de man. test. 40, 4: si Sempronius Stichum intra annum non manumiserit. Pomp. fr. 30 de statul. 40, 7: si eum heres non alienauerit. Ulp. fr. 3 § 16 h. t.: si tres seruos pepererit (Arethusa).

Weitere Beispiele dieser Art bei Brissonius, De formulis lib. 7.

Der statuliber ist bereits durch die Zwölftafeln bezeugt: Bruns VII, 12. Ihering Jahrb. Bd. 10 S. 497 hält dafür, daß hier 'die Suspensivbedingung historisch zuerst zum Vorschein gelangt ist'. Das ist vielleicht zu viel gesagt. Es gibt noch andere bedingte Rechtsverhältnisse von hohem Alter. Ich erinnere nur an das Votum. Der Gelobende ist an sein Wort gebunden, er ist uoti obligatus, uoti reus. Aber sein Gebundensein ist nur ein bedingtes. Wird sein Gelübde erhört, wird er uoti compos, so ist seine Verpflichtung eine unbedingte geworden, er ist uoti damnatus. Vgl. Pernice, Zum römischen Sacralrechte I S. 6.

Jedenfalls haben wir es beim statuliber mit einem Rechtsverhältnisse zu tun, wo die Behandlung der Bedingung schon

frühzeitig feste Gestalt annahm. Daher sehr begreiflich, daß die Sabinianer von hier aus Grundsätze auf das bedingte Vindikationslegat übertragen wollten. Wenn uns aber in dieser Beziehung eine Streitfrage der beiden Schulen entgegentritt, so gewinnt es den Anschein, als ob das Vindikationslegat der Bedingung erst verhältnismäßig spät teilhaftig geworden sei.

In späterer Zeit wurde die Freiheit auch hier abhängig gemacht vom Antritt der Erbschaft. Marcianus fr. 23 pr. de man. test. 40, 4: si testamentum ualeat et ex eo adita sit hereditas uel si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem.

Das ist natürlich einmal anders gewesen. Denn der statuliber ragt bereits in eine Zeit hinein, wo es noch keine Erbeseinsetzung gab. Damals wird er bis zum Eintritt der Bedingung entweder dem familiae emptor gehört haben oder demjenigen, welchem er besonders vermacht war.

Wegen sonstiger Fragen betreffend den statuliber verweise ich auf Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts Bd. 1 § 210 und Karlowa, Röm. Rtsgesch. Bd. 2 S. 135 flg.

61. Das Damnationslegat. II, 201—208.

Von alters her machte der Tod einen Strich über Forderungen wie Schulden. Damit steht in Zusammenhang, daß eine Obligation, sei es auf seiten des Gläubigers oder des Schuldners, auch nicht in der Person des Erben ihren Ursprung nehmen kann. Dieser Satz hat sich lange auf dem Gebiete der Stipulation erhalten. § 13 de inut. stip. III, 19: Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post eius mortem a quo stipulabatur. Erst Justinian in c. 11 de contr. et comm. stip. 8, 37 vom J. 528 hat ihn endgültig beseitigt.

1. Diese Auffassung durchbricht das Damnationslegat. Daher werden wir ihm kein hohes Alter zuschreiben können. Es wird sich dasselbe angelehnt haben an die neue heredis institutio. Anderer Meinung freilich Pernice, Labeo Bd. 1

S. 475. Nach Wlassak, Z. R.G. Bd. 44 S. 202 'muß die Erbendamnation entstanden sein in dem Zeitraum, der zwischen der Furia testamentaria und dem Beginn des 7. Jahrhunderts liegt'. Nach Kuntze, Kursus[2] zu § 143 S. 83 ist dieses Legat jünger als die lex Poetelia.

Mit dieser Erbeinsetzung ist dem römischen Recht ein neuer Grundgedanke zugeführt worden. Der heres soll in Zukunft im Testamente die Hauptperson sein, der Legatar daneben zurücktreten. Dies ließ sich dem alten Vindikationslegate gegenüber noch nicht vollständig durchführen. Das neue Damnationslegat muß sich aber ganz dieser Auffassung unterordnen. Nicht bloß ist es abhängig von der Erbschaftsantretung, es wird auch dem Erben gegenüber nur eine persönliche Verpflichtung begründet.

2. Von Haus aus war der Umfang des Damnationslegates ein eng begrenzter. Wir haben in dieser Beziehung noch einen Anhalt an der feierlichen Aufhebungsform mittels Kupfer und Wage. Wie diese von Haus aus nach Gai. III, 175 nur bei Gegenständen, die gewogen oder gezählt wurden, und zwar si certum sit, zur Anwendung kam, so kann auch einmal das Gebiet des Damnationslegates kein weiteres gewesen sein. Vgl. Erkl. 59.

a) Vorzugsweise haben wir also an das Geld zu denken. Hierauf weist uns auch hin das Falcidische Gesetz. Siehe Paul. fr. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2: heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare. Und in dieser Beziehung war allerdings eine Ergänzung des Vindikationslegates sehr angebracht. Zwar konnte Geld auch auf diesem Wege vermacht werden. Aber immer nur so viel, als der Testator im Augenblicke des Todes und ursprünglich auch im Zeitpunkte der Testamentserrichtung in seinem quiritischen Eigentum gehabt hatte.

b) Zur Zeit des S.C. Neronianum sah es mit dem Damnationslegat wesentlich anders aus. Es konnte alle möglichen Sachen umfassen: selbst künftige und fremde.

Was die fremden Sachen anbetrifft, so scheint freilich Atejus ein derartiges Damnationslegat schon gekannt und weiter entwickelt zu haben: Labeo-Iau. fr. 30 § 6 leg. 3.

Bei diesen Sachen ist man aber einmal stehen geblieben, wie uns die Darstellung des Gajus an die Hand gibt; und an dem certum hat man zunächst ebenfalls festgehalten.

Einen Zweifelsgrund möchte man entnehmen wollen den fructus qui in illo fundo nati erunt aut quod ex illa ancilla natum erit. Denn Ulpian fr. 75 § 4 de uerb. obl. 45, 1 sagt von einer auf derartiges gerichteten Stipulation: sed ipsa natura manifestissimum est incerti esse hanc stipulationem. Aber Ulpian leitet seine Betrachtung doch selber ein mit dem Satze: Illud dubitationem recipit. Und daß Gajus beim Damnationslegat von einer anderen Auffassung ausgeht, beweist deutlich II, 204: wo nur von einem intendere heredem sibi dare oportere die Rede ist. Vgl. Mora des Schuldners Bd. 2 S. 283 flg.

c) Später ist es allerdings anders geworden. So kennt schon Ulpian 24, 4 die Formel facito. Und Paul. sent. 3, 6 § 10 bringt die Beispiele: ut alicui domum exstruat aut aere alieno eum liberet.

3. Was die Form unseres Vermächtnisses anbetrifft, so werden wir nach II, 201 unsern Ausgang zu nehmen haben vom dare rem damnas esto. Als jüngere Form erscheint daneben dato.

Wlassak, Z. R.G. Bd. 44 S. 199 Anm. 1 verwirft diese Ansicht. Allerdings begegnen wir dem dato bereits in der Schrift ad Her. 1, 12 § 20: Heres meus uxori meae XXX pondo uasorum argenteorum dato, quae uolet. Das ist aber kein Gegenbeweis, darum könnte das Damnationslegat schon höher hinaufreichen.

Noch jünger als das dato ist die Form heredem meum dare iubeo, welche Gajus hier noch gar nicht erwähnt. Daß sie ihm aber schon bekannt war, beweist fr. 3 pr. de usu fructu 7, 1. Vgl. zu dieser Stelle Bd. 2 Abt. 1 S. 153 flg.

Wlassak scheint auch für diese Form ein höheres Alter anzunehmen, indem er sich beruft auf eine Fassung in der lex Falcidia bei Paul. fr. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2: qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit. Ein Gegenbeweis würde dadurch auch noch nicht geführt sein. Dazu kommt, daß in diesem Pandektenfragment der Text der lex Falcidia höchst mangelhaft wiedergegeben ist: siehe die Bemerkungen bei Bruns-Gr., Font.[7] n. 19. Insonderheit ist das iussus schon von Mommsen beanstandet. Es könnte ursprünglich sehr wohl eine Erkärung des damnatus gewesen sein, die später in den Text gelangte.

So erhalten wir denn für die Entwicklung der Form folgende Stufenleiter: dare damnas esto, dato, dare iubeo, facito.

62. Anwachsungsrecht und caducum. II, 199. 205—208.

Wir haben zu unterscheiden die Zeit vor und nach der lex Papia.

1. Vor der lex Papia.

a) War mehreren dieselbe Sache auf dem Wege des Vindikationslegates vermacht, verbunden oder unverbunden; so entstanden Teile, und der Teil des wegfallenden Vermächtnisnehmers wuchs dem Mitvermächtnisnehmer an.

Dieses Anwachsungsrecht, welches dem Mitvermächtnisnehmer zugute kam, wird sich wohl zunächst in dem Falle eingestellt haben, wenn die mehreren unverbunden bedacht waren. Genau genommen handelt es sich hier um ein Nichtabwachsungsrecht, ius non decrescendi.

Dann überträgt sich dieselbe Vorstellung auf die verbundenen Vermächtnisnehmer. So entsteht ein Gegensatz zwischen Vindikations- und Damnationslegat: dort Anwachsungsrecht zwischen Mitvermächtnisnehmern, hier Verbleiben bei der Erbschaft.

Eine andere Möglichkeit. Man hat von Haus aus beide Fälle beim Vindikationslegat gleich behandelt und hebt diese

gleiche Behandlung nur dem Damnationslegat gegenüber besonders hervor.

b) Beim Damnationslegat haben wir nämlich zu unterscheiden, ob die Vermächtnisnehmer verbunden oder unverbunden bedacht waren. Heißt es 'Titio et Seio hominem Stichum heres dare damnas esto', so entstanden Teile wie beim Vindikationslegat; aber der Teil des wegfallenden Vermächtnisnehmers verblieb in der Erbschaft.

Hieß es dagegen 'Titio hominem Stichum heres dare damnas esto, Seio eundem hominem heres dare damnas esto', so erhielt jeder das Ganze bzw. den Wert des Ganzen.

Beim Vindikationslegat entstanden auch hier Teile. Das hängt wiederum damit zusammen, daß beim Vindikationslegat kein persönlicher Anspruch gegen den Erben entstand, sondern nur ein Anspruch auf eine Sache, die sich in der Erbschaft befand, als der Testator starb. Vgl. Erkl. 6 unter 6d.

2. Seit der lex Papia.

a) Waren mehrere mittels Damnationslegates verbunden bedacht worden, so sollte der Teil des wegfallenden Vermächtnisnehmers nicht in der Erbschaft verbleiben, sondern ein caducum werden.

Dasselbe Schicksal sollte haben der Teil des wegfallenden Vermächtnisnehmers beim Vindikationslegat, falls verbunden bedacht war: so wenigstens in späterer Zeit die herrschende Meinung.

Das alte Anwachsungsrecht blieb also beim Vindikationslegat bestehen, wenn unverbunden vermacht war. Und ebenso wird in diesem Falle das Wegfallen eines Vermächtnisnehmers beim Damnationslegate dem Erben zugute gekommen sein.

Ich komme demnach zu dem Ergebnisse: daß nach der lex Papia nicht bloß beim Damnationslegate, sondern auch beim Vindikationslegate eine verschiedenartige Behandlung des disiunctim und coniunctim eintrat.

b) Dazu stimmt nicht übel Ulp. 24, 12: Si duobus eadem res per uindicationem legata sit . . Si uero con-

iunctim uelut 'Titio et Seio hominem Isticho (Stichum) do lego' iure ciuili concursu partis fiebant, non concurrente altero pars eius alteri accrescebat: sed post legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit.

Hier beschränkt sich das caducum augenscheinlich auf das coniunctim. Ferner weist das si uero auf einen Gegensatz hin zum disiunctim. Wie das disiunctim behandelt wurde, ist nicht gesagt; in dieser Beziehung bietet die Stelle eine Lücke dar. Und zwar wird die Lücke vor Si uero anzunehmen sein.

Dieses si uero hat sich freilich bei den neuesten Herausgebern, Paul Krüger, Huschke, Böcking, Bahlen, keiner besondern Gunst zu erfreuen gehabt. Sie verwandeln es in siue, dem dann ein siue disiunctim angegliedert wurde. Dieses disiunctim wird von Böcking vorangestellt, von den übrigen dem coniunctim nachgestellt. Für Nachstellung hat sich auch entschieden Arndts, Forts. Bd. 1 S. 478. Aber das coniunctim paßt ganz gut zum partis fiebant. Vgl. z. B. Celsus fr. 80 leg. 3: coniunctim legari hoc est: . . tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. In der editio princeps des Tilius gehen dem si uero vorauf: si quidem disiunctim, singulis in solidum debentur. Statt in solidum schlug Cuiacius obs. 17, 28 partes vor. Vielleicht ist vor si uero entsprechend Gai. II, 199. 223 einzuschieben: partes ad singulos pertinent (oder singuli partes habere debent) et deficientis portio collegatario adcrescit, si quidem disiunctim res legata sit.

Im allgemeinen gingen beim caducum die eingesetzten Erben, wenn sie Kinder hatten, den Legataren vor. In unserm Falle aber sollte der mit Kindern gesegnete Mitlegatar den Vorzug haben.

63. Legatum sinendi modo. II, 209—215.

1. Die Formel beginnt bei Ulp. 24, 5: Heres meus damnas esto sinere L. Titium. In gleicher Weise hat Goeschen den Anfang der Formel bei Gajus gestaltet. Ob

wir uns in dieser Weise über Gajus hinwegsetzen dürfen, ist mir zweifelhaft. Eine ähnliche Formel, wie wir sie bei Gajus finden, bringt uns nämlich schon Labeo fr. 30 § 1 leg. 3: dare damnauerat sinereque.

Wir hätten demnach beim legatum sinendi modo unsern Ausgang zu nehmen von einem 'heres meus dare damnas esto sinere' oder ähnlich. Das legatum sinendi modo hätte sich dann angelehnt an das Damnationslegat und seine Kraft gewissermaßen zu verdanken dem dare damnas esto. Eine Anlehnung an das Damnationslegat hat auch schon Huschke[4] zu Prob. Eins. 40 versucht. Während uns aber das dare beim Damnationslegat nach II, 204 bloß auf quiritisches Eigentum hinweist, hat das legatum sinendi modo, sei es mit, sei es ohne dare, einen wesentlich andern Inhalt bekommen. Gajus und Ulpian bezeugen die Formelworte: sinere sumere sibique habere. Prob. Eins. 40 bringt folgende Buchstaben: S. N. P. M. S. R. S. S. Q. H. Die Auflösung ist aber unvollständig und vielleicht in folgender Weise zu ergänzen: sine praesumere (sine rem sumere) sibique habere. Huschke[4] löst auf: si non potest mancipare sinito rem sumere sibique habere. Das sine praesumere führt er auf einen Irrtum zurück, indem ein R für P gesetzt sei. Girard 112 hat nur S. P. S. Q. H. = sine praesumere sibique habere. Im epit. II, 5 § 6 heißt es: permitte praesumere et sibi habere. In späterer Zeit scheint also nicht bloß das dare, sondern auch das damnas esto in Wegfall gekommen zu sein. Bei Theoph. II, 20 § 2 heißt es: καταδικάζω σε ὦ κληρονόμε συγχωρῆσαι τῷδε λαβεῖν τόδε τὸ πρᾶγμα. Hier entspricht freilich das καταδικάζω wieder einem damnas esto.

Die Entwicklung der Form, wie ich sie hiernach vermute, steht freilich in schroffem Gegensatz zu der Ansicht von Wlassak Z. R.G. Bd. 44 S. 219 Anm. 1, wonach das damnas esto erst später eingeschaltet wäre.

2. Nachdem im § 209 die Form abgetan, wendet sich der § 210 zum nähern Inhalt des legatum sinendi modo. Das

Anwendungsgebiet sei hier ein weiteres als beim Vindikationslegat, aber ein engeres als beim Damnationslegat. Der Testator könne auf dem Wege des legatum sinendi modo nicht bloß wie beim Vindikationslegat seine eigene Sache, sondern auch die Sache des Erben wirksam vermachen; dagegen beim Damnationslegat stehe es ihm frei, über jedwede fremde Sache zu verfügen.

Diese beiden §§ 209. 110 scheinen den ursprünglichen Kern des legatum sinendi modo gebildet zu haben. Mehr bringt auch nicht Ulp. 24, 5. 10. Bei Gajus sind aber noch drei Absätze hinzugekommen, an denen vielleicht Verschiedene zu verschiedenen Zeiten gearbeitet haben, und die ich jetzt näher ins Auge fassen will.

a) Absatz §§ 211. 212 Sed si quidem . . relicta esset.

Im Gegensatze zum Vindikations- und Damnationslegate wird zunächst das Eigentum zur Zeit, wo der Testator starb, sei es das Eigentum des Testators oder des Erben, für genügend erklärt, wenn dieses Eigentum zur Zeit der Testamentserrichtung auch noch nicht vorhanden war.

Daran wird die Frage gereiht: wie es sich verhalte, wenn der Erbe das Eigentum erst nach dem Tode des Testators erlange. Die Antwort lautet: plerique putant inutile esse (legatum).

Daß eine solche Ansicht sich bilden konnte bei der Mehrzahl der Rechtsgelehrten, muß schon geschehen sein vor dem S.C. Neronianum. Gajus, auf den die Frage erst zurückgehen dürfte, trägt gleichwohl kein Bedenken, solche Antwort zu erteilen; er kümmert sich also einmal wieder nicht um das Recht der Gegenwart.

Hier setzt nun mit einem Quid ergo est? ein Nachgajaner ein, aber auch in eigentümlicher Weise. Er führt an den Inhalt des S.C. Neronianum. Darnach wird das Legat einer Sache, welche dem Erben nie gehört hat, weder beim Ableben des Testators noch nachher, so angesehen, als sei die Form des Damnationslegates gewählt.

Hieraus würde um so mehr folgen: daß das Legat einer Sache, an welcher der Erbe nach dem Tode des Testators Eigentum erwarb, als Damnationslegat aufrecht zu erhalten sei. Diese Folgerung zieht aber der Nachgajaner nicht selber, sondern überläßt sie seinen Zuhörern.

b) Einen zweiten Absatz bildet der § 213 Sicut autem . . oportet. Derselbe ist nachgebildet dem Anfange des § 204 Quod autem . . oportere.

Wie beim Damnationslegat die Sache zunächst Eigentum des Erben bleibt, so verhält es sich auch mit dem legatum sinendi modo. Deshalb habe auch bei diesem Legate der Berechtigte nur eine persönliche Klage.

Andererseits zeigt sich uns hier aber auch ein Gegensatz zwischen beiderlei Klagen. Beim Damnationslegat haben wir unsern Ausgang zu nehmen von einem certum: siehe Erkl. 61 unter 2. Dem entspricht nach II, 204 eine Klageformel mit dare oportere. Dagegen beim legatum sinendi modo gesellt sich in der Klageformel dem dare ein facere hinzu. Mag nun das dare der Klageformel dem damnas esto dare des Legates entsprechen, so steht daneben ein facere, das mit dem sinere usw. in Verbindung zu bringen sein wird. Wir haben demnach von Haus aus ein incertum, das sich z. B. auch II, 280 als praktisch bewährt.

Weiter stoßen wir auf eine andere Frage. Beim Damnationslegat setzt uns Gajus II, 204 auseinander, daß der Legatar quiritisches Eigentum verlangen könne. Und nach II, 213 müssen wir annehmen, daß diese Ansicht irgendwo und irgendwie auch beim legatum sinendi auftauchte. Ob sie aber jemals hier viele Anhänger erlangt haben mag?

c) Jedenfalls fehlte es in dieser Beziehung nicht an Andersdenkenden, wie uns Gajus II, 214 berichtet. Und hiermit gelange ich zum dritten Absatze, den wir wohl ganz und gar dem Gajus zuschreiben dürfen.

Im § 215 wird einer Streitfrage gedacht, die das Anwachsungsrecht betrifft. Soll dasselbe nach den Grundsätzen

des Damnations- oder Vindikationslegates behandelt werden? Daneben wird einer dritten Möglichkeit gedacht: occupantis esse meliorem condicionem.

3. Die Darstellung, welche das legatum sinendi modo bei Gajus gefunden hat, insonderheit die Erörterung der Streitfragen, läßt diese Legatsform in einer gewissen Abhängigkeit erscheinen vom Damnations- wie Vindikationslegate. Und dieser Umstand legt die Vorstellung nahe, daß wir das legatum sinendi modo als das jüngste von den dreien zu betrachten haben.

Damit ist indes die Frage noch nicht erledigt, welchem Bedürfnisse diese Legatenform ihren Ursprung verdanken mag. In dieser Beziehung habe ich Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 22. 23 bereits auf den Nießbrauch hingewiesen und will diesen Gedanken hier ein wenig weiter verfolgen.

a) Karlowa, Röm. Rtsgesch. Bd. 2 S. 919 hat bereits in den Vordergrund gestellt Paul. sent. 3, 6 § 11: Sinendi modo tam corporales res, quam quae in iure consistunt, legari possunt, et ideo debitori id, quod debet, recte legatur. Die Stelle wird zwar von Schulting als unrömisch beanstandet; aber daß sie sogar älterer Auffassung entspricht, beweist Paul. fr. 16 de lib. leg. 34, 3: Ei cui fundum in quinquennium locaueram legaui 'quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitue ut sineret heres sibi habere'. Nerua, Atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret: totam enim locationem legatam uideri. Iauolenus fr. 17: reliqua quoque. Hier ist einem Pächter auf dem Wege des legatum sinendi modo die Pacht erlassen. Er braucht auch keine Rückstände mehr zu entrichten und hat Anspruch auf Rückgabe eines etwaigen Pachtvorschusses oder sonstiger Sicherheiten. Von einem andern Standpunkte betrachtet, läßt sich das so ausdrücken: dem Pächter sind die Früchte vermacht worden.

Eine verwandte Stelle ist Labeo fr. 30 § 1 de leg. 3: Qui hortos publicos a re publica conductos habebat, eorum hortorum fructus usque ad lustrum, quo conducti essent. Aufidio legauerat et heredem eam conductionem eorum hortorum ei dare damnauerat sinereque uti eum et frui. respondi heredem teneri sinere frui: hoc amplius heredem mercedem quoque hortorum rei publicae praestaturum. Hier ist die Pacht eines Gemeindegrundstückes jemand vermacht worden. Der Erbe hat die Pacht zu zahlen, der Vermächtnisnehmer erlangt ein Recht auf die Früchte. Es handelt sich nicht bloß um zukünftige, sondern noch dazu fremde Sachen. Denn zunächst wird das Eigentum an den Früchten doch immer dem Eigentümer des Grundstückes, hier der Gemeinde, erworben. Der Erbe erwirbt gar kein Eigentum, er erntet ja nicht. Der Vermächtnisnehmer erlangt das Eigentum unmittelbar von der Gemeinde und mit deren Zustimmung. Denn diese ist vorauszusetzen: vgl. Czyhlarz, Forts. Bd. 1 S. 459 flg. Die Meinung, die nach § 212 später die herrschende wurde, daß das legatum sinendi modo sich auf fremde Sachen nicht erstrecke, steht damit nicht im Einklang.

Für das uti frui bezw. frui kommen in Betracht: Celsus fr. 14 de usu et usu fructu 33, 2: Duos separatim uti frui sinere damnatus heres. Pomp. fr. 2 de ann. leg. 33, 1: In annos singulos heres damnatus sinere me frui fundo. Ulp. fr. Vat. 85: idemque et si sinendi modo fuerit legatus usus fructus.

Es reiht sich an das habitare. Marcellus fr. 15 pr. de usu 33, 2: 'Damnas esto heres Titium sinere in illa domo habitare, quoad uiuet'. Paulus fr. 18 de lib. leg. 34, 3: Cassius. Etiam si habitatio eo modo legata esset.

Diesen Stellen wäre vielleicht noch anzufügen Pap. fr. 24 pr. de usu 33, 2: Uxori fructu bonorum legato; vgl. Mora des Schuldners Bd. 2 S. 186; sowie Africanus fr. 36 § 2 de usu fructu 7, 1: Usus fructus serui Titio legatus est: vgl. Mora a. a. O. S. 43. Dagegen ist auszuscheiden

das von Huschke hierher gestellte fr. 20 de optione 33, 5, wo augenscheinlich ein Vindikationslegat vorliegt.

b) So tritt uns denn in den Pandektenstellen als Gegenstand des legatum sinendi modo lediglich ein uti frui bezw. frui bezw. habitare entgegen.

Die habitatio war zur klassischen Zeit noch keine vollständig ausgebildete Dienstbarkeit. Ihr Ursprung ist beim Legate zu suchen. Vgl. Besitz S. 111 flg. Und zwar werden wir hier hingewiesen auf das legatum sinendi modo. Noch Mod. fr. 10 de cap. min. 4, 5 bemerkt: tale legatum in facto potius quam in iure consistit.

Der Nießbrauch als dingliches Recht ist ebenfalls nicht uralt. Siehe darüber Karlowa, R. R. Bd. 2 S. 533 flg. Auch dessen Ursprung ist beim Legate zu suchen. Hierauf weist uns hin das Edikt des Prätors Ulp. fr. 1 pr. usufr. quemadm. 7, 9: Si cuius rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori uisum est de utroque legatarium cauere. Desgleichen hat das Senatuskonsultum, welches den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen ins Leben rief, ein Legat zur Voraussetzung. Ulp. fr. 1 de usu fructu earum 7, 5: Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio constaret, usus fructus legari possit. Siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 156.

Werfen wir dann einen Blick auf die andern beiden persönlichen Dienstbarkeiten, so ist der usus nur eine Abgliederung des usus fructus, der in derselben Weise erworben wurde. Gai. fr. 1 § 1 de usu 7, 8: qui et ipse isdem modis constitui solet, quibus et usus fructus. Ulp. fr. 2 pr. ebenda: Cui usus relictus est. Aus dem usus haben sich dann wieder die operae seruorum entwickelt: Ter. Clem. fr. 5 de operis seru. 7, 6. In dem betreffenden Digestentitel wird einzig und allein das Legat als Entstehungsgrund aufgeführt.

c) So gelangen wir denn zu dem Ergebnis, daß bei allen benannten persönlichen Dienstbarkeiten des römischen Rechts als letzter Grund das Legat in Frage kommt.

Nun wird aber, ebenso wie beim habitare, ein uti frui sich eher geltend gemacht haben, als ein dingliches Recht des Nießbrauches vorhanden war. In diese Zeit müssen wir uns hineinversetzen, um das legatum sinendi modo zu verstehen.

Heres meus dare damnas esto sinere L. Titium sumere sibique habere. Die Worte, die das dare näher bestimmten und später das dare abstießen, scheinen eigens gewählt zu sein für jemand, der Früchte sammeln und für sich behalten soll.

Später ist dann das legatum sinendi modo zurückgedrängt worden. Für das Damnationslegat kommt namentlich in Betracht, daß dasselbe nach II, 203 ausgedehnt wurde auf fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit. Außerdem griff beim Nießbrauch das Vindikationslegat ein. Vgl. Iauolenus fr. 41 de usu 33, 2: 'fructus annuos fundi Corneliani Publio Maenio do lego', perinde putat accipiendum esse Labeo, ac si usus fructus fundi similiter esset legatus. Paul. fr. Vat. 47. 57; Ulp. fr. Vat. 83. 86. 87.

Daneben hat sich aber das legatum sinendi modo erhalten, was auf lange Gewöhnung schließen läßt.

Alle drei Arten der Legate und daneben das Fideikommiß führt beim Nießbrauche vor Ulp. fr. Vat. 85.

64. Das Präzeptionslegat. II, 216—223.

Anlangend das Präzeptionslegat wird der Vorlage nur entlehnt sein der § 216, und dieser könnte schon Bestandteil des Grundstockes gewesen sein.

1. Gajus hat angehängt eine Streitfrage der beiden Schulen über die Natur dieses Legates.

Bei der Darstellung dieser Streitfrage macht sich bereits geltend der Einfluß des S.C. Neronianum, auf das sich nach § 218 bereits Sabinus berief.

In dieser Beziehung sind nun Bedenken laut geworden, an welchen Sabinus wir dabei zu denken haben. Masurius

Sabinus erhielt nach Pomp. fr. 2 § 50 de or. iur. 1, 2 unter Tiberius (14—37) das ius respondendi und scheint damals nicht ganz jung mehr gewesen zu sein: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. Darum kann er immer noch unter Nero (54—68) geschriftstellert und gelehrt haben. Es steht demnach nichts im Wege, hier wie anderswo unter dem Sabinus schlechthin, den Masurius Sabinus zu verstehen: vgl. Zimmern, Gesch. des röm. Pr.rts Bd. 1 S. 312 Anm. 2; Bremer, Iur. pr. Antehadr. II, 1, p. 314; Kipp, Quellen[3] S. 118 Anm. 14. An Cälius Sabinus denkt freilich Pernice bei Bremer.

Wenn aber bei diesem Kampfe der Schulen schon das S.C. Neronianum Berücksichtigung fand, so bleibt offene Frage: ob und inwieweit uns überhaupt altertümliche Vorstellungen erhalten sind.

2. Die Sabinianer behaupteten nach § 217, daß niemand anders als ein Bruchteilserbe mit einem Präzeptionslegate bedacht werden könne. Dann wäre das Präzeptionslegat stets ein Prälegat gewesen.

Man hat diese Auffassung wohl für die ältere erklärt: vgl. z. B. Czyhlarz, Institutionen[6] S. 374. Indessen ein praecipere hätte sich doch auch ganz gut mit einem familiae emptor verbinden lassen, als es noch gar keine Erbeseinsetzung gab: siehe Erkl. 56 unter 4.

Sabinus hielt ein einem Nichterben zugewandtes Präzeptionslegat noch nach dem S.C. Neronianum für ungültig. In dieser Beziehung waren aber schon Julian und Pomponius nach § 218 anderer Meinung.

3. Weil das Präzeptionslegat einen Bruchteilserben zur Voraussetzung hatte, folgerten die Sabinianer nach § 219 weiter: daß es nur geltend gemacht werden könne mittels der Erbteilungsklage.

Die Proculejaner waren hingegen nach § 221 der Ansicht, daß ein Präzeptionslegat auch einem Nichterben zugewandt

werden könne. Das praecipito sei als capito zu nehmen, mithin das Legat als Vindikationslegat aufzufassen.

Demnach hätten wir, wie § 222 näher ausgeführt wird, beim Vorhandensein von quiritischem Eigentum in der Person des Testators, mochte ein Erbe oder Nichterbe bedacht sein, als Rechtsmittel die Vindikation. War aber vom Testator nur prätorisches Eigentum vermacht, so werden wir beim Nichterben auf die persönliche Klage, beim Erben auf die Teilungsklage hingewiesen.

4. Weil die Sabinianer dem Bedachten nur die Erbteilungsklage gewährten, folgerten sie nach § 220 weiter: daß nur eine Sache des Testators Gegenstand des Präzeptionslegates sein könne. Denn nur Sachen des Testators kämen für die Erbteilungsklage in Betracht.

Diese Begründung trifft freilich nicht vollständig zu: vgl. z. B. Ulp. fr. 10, fr. 12 pr. § 1, fr. 14, fr. 16 pr. § 3, fr. 53 fam. erc. 10, 2. Eine Ausnahme ließen indes nach § 220a auch schon die Sabinianer gelten, mit der ich mich noch etwas näher beschäftigen muß.

5. Es handelt sich um eine Sache, welche der Testator creditori fiduciae causa mancipio dederit. Nehmen wir also an: der Testator hat ein Darlehn von 10000 aufgenommen, zur Sicherheit dafür seine Bauernstelle manzipiert, während er nach wie vor im Besitz geblieben und die Bewirtschaftung bis zu seinem Tode fortführte. Als Erben sind von ihm drei Neffen eingesetzt worden, dem einen davon ist die Bauernstelle als Präzeptionslegat zugefallen.

Solche Beispiele werden im alten Rom gar nicht selten gewesen sein, und eine derartige Bauernstelle kann trotz des Darlehns noch immer einen hohen Wert behalten haben. Aus dem heutigen Rechtsleben können wir eine mit Hypotheken belastete Bauernstelle damit vergleichen.

Welche Aufgabe fiel hier dem römischen Teilungsrichter zu? Darüber werden wir ebenfalls näher unterrichtet. Die Miterben haben das Geld für die Darlehnsschuld an den mit

der Bauernstelle Bedachten auszukehren, damit dieser nach Rückzahlung der Darlehnsschuld sich die Bauernstelle remanzipieren lasse. In welchem Umfange hier die usu-receptio Platz griff, davon ist Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 36 unter 1 b β die Rede gewesen.

Das Beispiel wird schon alt sein und die Entscheidung ist noch unabhängig vom Damnationslegat: denn zu kondemnieren war neben dem Adjudizieren von alters her Sache des Teilungsrichters.

Ich nehme jetzt an dem Beispiele eine kleine Aenderung vor. Nur zwei Neffen sind zu Erben eingesetzt, während ein Dritter, ohne Erbe zu sein, die Bauernstelle als Präzeptionslegat erhalten hat. Warum sollte in diesem Falle die Erbteilungsklage für den Präzeptionslegatar nicht ebenfalls möglich gewesen sein? Und daß dann die Entscheidung genau so ausgefallen wäre, liegt um so näher, als dann die Zweifelsfrage gar nicht hätte auftauchen können: ob nicht der Präzeptionslegatar in seiner Eigenschaft als Erbe zu seinem Teile sich hätte an der Rückzahlung des Darlehns mitbeteiligen müssen.

So wäre denn einmal in alter Zeit der Gegensatz zwischen dem Vindikations- und Präzeptionslegat einfach folgender gewesen: das do lego wird geltend gemacht mit der Vindikation, das praecipito mittels der Teilungsklage.

6. Zum Schluß wird dann im § 223 noch der Fall berücksichtigt, wenn das Präzeptionslegat mehreren zugedacht war. Hier entstehen Teile, mag nun verbunden oder unverbunden legiert sein.

Das entspricht nicht den Grundsätzen des Damnationslegates, wie wir sie aus § 205 kennen gelernt haben. Denn hiernach hat bei Unverbundenheit jeder der mehreren Legatare einen Anspruch aufs Ganze.

Wir haben hier demnach wohl einen Rechtssatz vor uns, der schon älter sein wird als das S.C. Neronianum, und jedenfalls einem Teilungsrichter sehr naheliegen mußte.

65. Die zweimalige Erwähnung Julians. II, 218. 280.

Jörs bei Pauly-Wissowa, R.E. Bd. 5 Sp. 1450 vergleicht die Literaturangaben in den Institutionen mit den Literaturangaben in andern Werken des Gajus. In dem Kommentar zum Provinzialedikt werde Julian 18mal angeführt; die Rechtsgelehrten des ersten Jahrhunderts erheblich seltener: Labeo und Proculus je 2mal, Sabinus und Cassius je 6mal. Ferner begegneten wir in der Schrift de fideicommissis 5mal dem Julian und nur einmal dem Neratius. Dagegen käme in den Institutionen nur 2mal Julian vor, während die ältere Literatur weit reichlicher vertreten sei.

Es heißt II, 218: Sed Iuliano et Sexto placuit; und II, 280: Scio tamen Iuliano placuisse.

Mit diesen beiden gelegentlichen und wohl aus der Erinnerung zitierten Notizen aus Julian bzw. Sextus soll Gajus sich begnügt haben, während die sonstigen Literaturangaben auf ein älteres, etwa der zweiten Hälfte des ersten Jahrhunderts oder spätestens dem Anfange des zweiten Jahrhunderts angehöriges Werk schließen ließen.

Jedenfalls werden wir die Vorlage, welche Gajus umarbeitete, seiner Lebenszeit nicht allzufern halten dürfen; und aus diesem Grunde wäre ich schon mehr für den Anfang des zweiten als die zweite Hälfte des ersten Jahrhunderts. Ich habe in dieser Beziehung Rechtsgel. Gaj. S. 69 schon hingewiesen auf die vielen Stellen mit diuus Hadrianus, die fast alle auf Gajus zurückgehen, und gelange somit dazu, die Vorlage in die Zeit vor Hadrian zu setzen. Andererseits weist auf die Zeit unter bzw. nach Vespasian, 69—79, hin die Berücksichtigung des S.C. Pegasianum in II, 251.

Ob nun gerade durch die Literaturangaben für diese Zeit irgendwelcher Beweis erbracht wird, das ist eine andere Frage. In dieser Beziehung bemerkt schon Paul Krüger, Quellen[2] S. 210 Anm. 57: die Erscheinung lasse sich auch daraus erklären, 'daß Gajus für den Stoff des kurzen Handbuches die

ältere Literatur in höherem Maße beherrschte[1]. Damit soll wohl gesagt sein, daß Gajus selber diese ältere Literatur nachgetragen haben könnte.

In dieser Hinsicht hob ich bereits Der Rtsgel. Gaj. S. 66 hervor: daß allem Anscheine nach die Streitfragen der beiden Schulen erst von Gajus hinzugefügt seien. Damit wäre zugleich ein gut Stück Literatur der Vorlage abgesprochen.

Auf alle Fälle verdienen diese Literaturangaben unsere Aufmerksamkeit. Deshalb will ich die Stellen, auf welche Jörs Bezug nimmt, hier vorführen und, soweit sie den beiden ersten Büchern angehören, zugleich angeben, ob ich sie der Vorlage überwiesen habe oder dem Gajus zuschreibe.

Seruius
  II, 244 Gajanisch
  III, 156.

Seruius Sulpicius
  I, 138 Gajanisch
  III, 149. 179. 183.

Labeo
  I, 135 Vorlage
  I, 188; II, 231 Gajus
  III, 140. 183; IV, 59.

Nerua
  II, 15. 195 Gajanisch
  III, 183.

Proculus
  II, 15. 195[2]. 231 Gajanisch
  III, 140; IV, 163.

Pegasus als Konsul
  I, 31; II, 254 Vorlage.

Pegasus als Rechtsgelehrter
  III, 64.

Sabinus
  I, 196; II, 79. 154. 179. 195. 218. 244[a] Gajanisch
  III, 133. 156. 161. 218; IV, 79. 114. 170.

Masurius Sabinus
III, 183.
Cassius
I, 196; II, 79. 195. 244[a] Gajanisch
III, 71. 133. 140. 147. 161; IV, 79. 114. 170.

Die beiden ersten Bücher gewähren uns demnach folgendes Bild. Da Pegasus als Konsul nicht in Betracht kommt, bleibt für die Vorlage nur einmal Labeo übrig. Alle übrigen Stellen weisen uns auf Gajus hin. Und eine wesentliche Umgestaltung wird dieses Bild durch Buch 3 und 4 nicht erfahren.

66. Die lex Falcidia und ihre Vorläufer. II, 224—227.

Die Erbeseinsetzung ist dem ältern Manzipationstestamente noch fremd und tritt uns erst im jüngern Manzipationstestamente entgegen. Dieser Entwicklung entspricht die Haftung für die sakralrechtlichen Verpflichtungen. Wir haben hier ebenfalls eine ältere Ordnung und eine jüngere Ordnung. Die ältere lehnt sich dem ältern Manzipationstestamente an, die jüngere berücksichtigt bereits die Erbeseinsetzung.

Der betreffende Rechtssatz, welcher die Erbeseinsetzung bereits berücksichtigt, geht zurück auf Ti. Coruncanius. Dieser war Pontifex Maximus um 500/254. Damit haben wir zugleich einen Anhaltspunkt für die Entstehung der Erbeseinsetzung. In der Mitte des dritten Jahrhunderts vor unserer Zeitrechnung muß es bereits eine Erbeseinsetzung gegeben haben, viel älter wird sie aber auch wohl kaum sein.

Bei der Haftung für die sakralrechtlichen Verpflichtungen wird der Legatar mit in Anspruch genommen. Für die weltlichen Schulden soll nur der Erbe aufkommen. Ihm liegt nach II, 226 ob: totius hereditatis onera sustinere. So bildet sich denn ein Gegensatz zwischen Legatar und Erben Nur der Erbe ist der Schuldenzahler. Siehe Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 32 S. 192.

Heres ist ursprünglich der (die) Waise. Siehe Buch 1 Erkl. 51 S. 249. In dieser beschränkten Bedeutung tritt uns noch der heres in den Zwölftafeln V, 4 entgegen: siehe Erkl. 5 unter 1. Altes Herkommen, veranlaßt durch kindliche Pietät, mag es gewesen sein, daß der suus heres die sacra leistete. Und auch er ist vermutlich der erste gewesen, welcher für die weltlichen Schulden seines Vaters usw. verantwortlich gemacht wurde. Bezeichnung und Sache könnte sich dann zunächst auf den proximus adgnatus übertragen haben, bis man schließlich zur heredis institutio gelangte. So wurde aus heres 'dem Waisen' heres 'der Schuldenzahler'.

Was totius hereditatis onera anbetrifft, so fallen darunter jedenfalls die weltlichen Schulden. Ob der eingesetzte Erbe in derselben Weise von Haus aus auch für die sacra haftete, ist kaum anzunehmen. Denn in der neuen Ordnung betreffend die Haftung für sacra tritt uns Coruncanius nur bei der zweiten Klasse entgegen, die neu eingeschaltet worden, als es eine Erbeseinsetzung bereits gab. Die heredes der ersten Klasse beschränken sich nach wie vor auf die gesetzlichen Erben. Ferner ist die Haftung in der zweiten Klasse anders geartet. Es kommen neben omnes heredes auch todeshalber Beschenkte und Legatare in Betracht: nämlich dann, wenn sie ebensoviel erlangen wie alle eingesetzten Erben. Mithin, so ist zu folgern, werden die omnes heredes nur dann zu den sacra herangezogen, wenn sie zusammen mehr erhalten als Legatare und todeshalber Beschenkte. Die drei folgenden Klassen sind nach und nach hinzugefügt. Ihr Ursprung ist demnach anzunehmen zwischen den Jahren 500/254 und 631/123. Vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 191. Sie setzen das Fehlen eines heres voraus.

Ebenso blieb vielleicht einstweilen die mandatela des Treuhänders hinsichtlich der Legate bei Bestand.

So hätten wir denn zunächst in dem eingesetzten Erben eine Persönlichkeit zu erblicken, die jedenfalls für die weltlichen Schulden aufkommen mußte.

Wir sahen: wie Erben und Legatare durch Schliche und Kniffe die sakralrechtlichen Verpflichtungen von sich abwälzten, und wie ihnen die Testatoren Beistand leisteten. Sollten die weltlichen Schulden des Erblassers geduldiger ertragen sein? Sollte der heres als Schuldenzahler seinen Einzug in die Rechtsordnung in ganz friedfertiger Weise gehalten haben? Auch die heredis institutio ist eine schwere Geburt gewesen. Drei Plebiszite belehren uns darüber, in welcher Weise hier die Testatoren gekämpft haben.

Sie nahmen zwar eine Erbeseinsetzung vor, erschöpften aber das ganze Vermögen durch Legate, so daß also dem Erben nichts weiter verblieb als der leere Name Erbe. Dies war erlaubt: licebat. Wenn also ein solcher Erbe gutmütig genug war, die Schulden zu bezahlen, so war alles in schönster Ordnung.

Wenn er das nun aber nicht tat? Und dazu wird ein Erbe, der nichts erhielt, selten Lust verspürt haben. Er wird vielmehr die Erbschaft ausgeschlagen haben. Wenn eine solche Ausschlagung erfolgte, so kam die Erbschaft nach späterem Recht an die gesetzlichen Erben, und das Testament fiel zusammen.

Diese späteren Folgen verlegt Gajus schon in die alte Zeit. Ich glaube aber mit Unrecht. Denn wenn es sich schon in alter Zeit so verhalten hätte, würde ein Testator, der in dieser Weise verfuhr, in sein eignes Fleisch geschnitten haben. Er mußte sich vergegenwärtigen: wenn ich dem Erben nichts hinterlasse, schlägt er aus, und mein Testament fällt übern Haufen.

Wir werden demnach nur sagen können: das neue Manzipationstestament erfordert allerdings zu seiner Gültigkeit Erbeseinsetzung; wenn dann der Erbe aber wegfiel, so tat dies zunächst der Gültigkeit keinen Eintrag.

Nur unter dieser Voraussetzung ist auch die ganze Gesetzgebung verständlich, die hier eingreift.

1. Zuerst kommt in Betracht die lex Furia testamentaria. Zu dem, was Gajus hier sagt, ist hinzuzunehmen IV, 23;

Ulp. praef. 2; 28, 7; Paul. fr. Vat. 301; Cic. pro Balbo 8, 21; Cic. in Verr. 1, 42 § 109; Pseudo-Asc. pag. 190; Varro. L. L. 9, 83: mille aeris legasse; pr. I. de lege Falc. II, 22; Theoph. daselbst.

Ein Plebiszit eines Tribunen Furius verbot andern außer bestimmten nahen Verwandten bei Strafe des Vierfachen die Ansichnahme von Legaten und Schenkungen todeshalber über tausend Asse.

Die lex Furia testamentaria ist jünger als die lex Cincia vom Jahre 550/204: Bruns, Z. R.G. Bd. 12 S. 134; Wlassak, Z. R.G. Bd. 44 S. 202. Auf alle Fälle jünger als das Pontifikat des Ti. Coruncanius um 500/254; dagegen älter als die lex Voconia vom Jahre 585/169. Vielleicht sind die tausend Asse aus der lex Cincia herübergenommen: vgl. Unterholzner, Rhein. Museum für Jurispr. Bd. 2 S. 442.

Sie war eine lex minus quam perfecta. Es stand in den Zwölftafeln Uti legassit super pecuniam, ita ius esto: siehe Buch 1 Erkl. 51. Die Zwölftafeln waren durch Beschluß der Centuriatcomitien bestätigt. Zunächst die zehn Tafeln: Liu. 3, 34 § 6; dann die beiden letzten Tafeln: Diodor. 12, 26. Vgl. Mommsen, Staatsrt. Bd. 2[3] S. 726 Anm. 2. Der Abhaltung von Centuriatcomitien ging vorauf die Vornahme von Auspizien: Mommsen, Staatsrt. Bd. 1[3] S. 98. Auf die Beschlüsse der Plebs ist die vorgängige Befragung der Auspizien nie übertragen worden: Mommsen, Röm. Forsch. Bd. 1[2] S. 195/6. So erscheinen denn die Zwölftafeln als das von den Göttern gutgeheißene Grundgesetz des römischen Volkes. Ein Satz der Zwölftafeln ließ sich durch ein Plebiszit nicht ohne weiteres umstoßen.

Also das Vermächtnis, die Schenkung todeshalber ist zunächst gültig, wenn auch Nichtausgenommenen mehr als tausend Asse hinterlassen wäre.

Aber auf indirektem Wege sucht man den Zwölftafelsatz einzudämmen. Wer von den nichtausgenommenen Personen

mehr als tausend Asse an sich nimmt, verwirkt die Strafe des Vierfachen.

Das capere ist zu verstehen von einem eigenmächtigen Ansichnehmen, Ergreifen. Sowohl der Legatar wie der todeshalber Beschenkte greifen zu. Die Sachen, die sie ergreifen, dürfen aber keinen höheren Wert als tausend Asse haben. Auch beim Legatar ist demnach nicht an eine persönliche Verpflichtung zu denken, die ihm gegenüber zu erfüllen wäre: wir sind noch immer angewiesen auf das Vindikationslegat: vgl. Wlassak, Z. R.G. Bd. 44 S. 201 flg.

Der Zweck, den die lex Furia verfolgte, den Erben zur Antretung anzulocken, konnte leicht vereitelt werden. Ganz abgesehen davon, daß bestimmten nahen Verwandten gegenüber keine Schranke bestand — der Testator brauchte ja nur so viele Legatare zu bedenken, so viele Tausende er im Vermögen hatte.

2. Die lex Furia wurde überboten durch die lex Voconia. Danach sollte weder ein Legatar noch ein todeshalber Beschenkter mehr an sich nehmen dürfen, als der bzw. die Erben. Auch dieses Gesetz werden wir uns vorzustellen haben als eine lex minus quam perfecta. Die Sache ist freilich bestritten: vgl. Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 247.

Es scheint sich aber dieses Gesetz bei dieser Bestimmung wie anderswo — II, 274 — auf den Testator beschränkt zu haben, qui centum milia aeris census est, also auf einen Testator, der zur ersten Klasse gehörte. Denn Cic. in Verr. 1, 43 § 110 bemerkt: Quid si plus legarit, quam ad heredem heredesue perueniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet? Es blieben also bei dieser Annahme für die Testatoren der untern Klassen die Bestimmungen der lex Furia in Kraft. Vgl. Savigny, Verm. Schr. Bd. 1 S. 431; Rudorff, R. R. Bd. 1 S. 57.

Dabei mag das Gesetz selber diejenigen ins Auge gefaßt haben, die tatsächlich ein derartiges Vermögen besaßen; es ist aber einschränkend ausgelegt und dahin verstanden worden, daß

die Betreffenden auch tatsächlich zensiert sein mußten: vgl. Savigny, Verm. Schr. Bd. 1 S. 431.

Dann wurde dieses Gesetz schon frühzeitig umgangen durch Fideikommisse: vgl. Kahn Zur Gesch. des röm. Frauenerbrts. S. 79. Freilich waren solche Fideikommisse zunächst nicht klagbar; aber demjenigen, der sie annahm, drohte doch keine Strafe: denn davon werden wir ausgehen können.

Und selbst wenn der Testator die Legatenform gewählt hatte, stand es dem Belasteten immerhin frei, das Legat auszuzahlen, ohne die Strafe geltend zu machen; oder die Nichtigkeit, wenn das Legat in der Tat nichtig gewesen sein sollte.

So dürfen wir auch keinen Anstoß daran nehmen, wenn wir auf Testamente stoßen, die sich über die fragliche Bestimmung der lex Voconia einfach hinwegsetzten. Ein solches könnte z. B. nach Cic. pro Caec. 4, 12 der jüngere Fulcinius errichtet haben: der einen gewissen P. Cäsennius zum Erben einsetzte, und außerdem uxori grande pondus argenti matrique partem maiorem bonorum legauit. Vgl. Kübler Mélanges Girard Bd. 2 S. 53 Anm. 2. Vielleicht ließe sich aber das partem maiorem bonorum zum grande pondus argenti in Beziehung setzen: die Frau erhielt das Silbergeschirr, der Mutter wurde ein noch größerer Teil vom Vermögen vermacht.

3. Bei beiden Gesetzen, der lex Furia wie der Voconia, ist bemerkenswert: daß sie sich nicht beschränken auf das legatorum nomine capere sondern ebenfalls ergreifen das mortis causa capere. Ich habe dies mortis causa capere wiedergegeben mit 'Schenkung todeshalber'. Das entspricht der bisherigen Darstellungsweise — vgl. z. B. Keller Institutionen S. 352 — und ist auch in gewisser Weise richtig. Dabei bedarf aber noch ein Punkt einer näheren Erörterung.

Die Schenkung todeshalber ist hier nicht Inhalt eines selbständigen Geschäfts, sondern erscheint wie das Legat neben der Erbeinsetzung, ist also ebenso wie das Legat eine Anordnung im Testamente.

Dieselbe Erscheinung ist uns bereits entgegengetreten bei

der jüngeren Pontifikalordnung betreffend die Haftung für die sakralrechtlichen Verpflichtungen: qui morte testamentoue eius tantundem capiat quantum omnes heredes. Siehe darüber Bd. 2 Abt. 1 Erklärung 32 S. 190. Von diesem morte capere ist auch zu verstehen der Satz der älteren Ordnung: si maiorem partem pecuniae capiat. Und beiderlei capere ist nichts anderes, als was der familiae emptor für sich behält und nicht den Legataren zufällt.

So werden wir nun auch das mortis causa capere der lex Furia und lex Voconia zu verstehen haben. Also der familiae emptor war im Jahre 585/169 noch nicht zu einer Scheinperson geworden. Von dem Vermögen, das ihm manzipiert war, behielt er für sich, soweit keine anderweitigen Verfügungen vom Testator getroffen wurden.

4. Nun haben wir neben dem familiae emptor noch einen Erben. Was hat es denn mit dem auf sich? So lange der familiae emptor noch etwas zu bedeuten hatte, ist für Erben, wie sie das Falcidische Gesetz voraussetzt, weder einen Erben aufs Ganze, ich will ihn Vollerben nennen, noch mehrere Teilerben aufs Ganze, kein Raum. Demnach bleibt nur übrig der heres ex re certa.

So ergibt sich denn für uns der Satz, zu dem bereits Kuntze Ueber die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke Abt. 1 S. 8 flg. auf ganz anderm Wege gelangt ist: der älteste testamentarische Erbe war der heres ex re certa.

Gegen Kuntze haben sich ausgesprochen Brinz Kr. V. Schr. Bd. 17 S. 569 flg.; Hofmann Krit. Studien S. 132 flg.; Costa Papiniano Bd. 3 S. 27; Kohler Arch. Civ. Prax. Bd. 91 S. 343. Costa sucht den Ursprung des heres ex re certa beim Soldatentestament. Rabel Festschrift Basel 1907 S. 525 räumt wenigstens soviel ein: 'daß die in den Digesten überaus häufige institutio heredis ex re certa, die Einsetzung auf einzelne Sachen oder Vermögensmassen einer alten Gewohnheit entsprach'; Woeß, Das röm. Erbrt. S. 145 flg. erklärt sich sowohl gegen Kuntze wie Rabel.

5. Die Entwicklung, wie ich sie annehme, entspricht in gewisser Weise der Haftung für sacra. Von ihnen sagt Cic. de leg. 2, 21 § 52: sacra cum pecunia . . coniuncta sunt. So werden auch die weltlichen Schulden mit dem Vermögen in Verbindung gesetzt. Jemand werden bestimmte Sachen zugewandt und ihm wird auferlegt, die Schulden zu bezahlen.

Denken wir uns folgenden Fall. Ein römischer Bauer manzipiert sein Vermögen einem Freunde. Seine Bauernstelle soll ein Neffe haben und dieser die Schulden bezahlen: also der Bauer ist der heres in neuer Bedeutung. Bestimmte Mobilien vermacht er einem entfernten Verwandten. Was nachbleibt, ist für den familiae emptor.

6. Ein wesentlich anderes Bild bietet dar die lex Falcidia. Paul. fr. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2 bringt uns einzelne Sätze dieses Gesetzes, die freilich nur lückenhaft sein können, auch wohl Zusätze und Aenderungen erfahren haben. Nach Gradenwitz Z. R.G. Bd. 27 S. 117, siehe auch Bruns n. 19, lautete das aus dem zweiten Kapitel Erhaltene ursprünglich: Quicumque ciuis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique ciui Romano pecuniam iure publico dare legare uolet, ius potestasque esto: dum ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis quibus quid ita datum legatumue erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto isque heres, qui eam pecuniam dare damnatus erit, eam pecuniam debeto dare.

Das iure publico erinnert an das secundum legem publicam der Testamentsform: siehe Erkl. 5 i. A. Und wie dieses, wird auch das iure publico auf die Zwölftafeln hinweisen. Es wird also der Satz der Zwölftafeln 'Uti legassit super pecuniam, ita ius esto' ausdrücklich bestätigt. Am legare ist der Testator an sich in keiner Weise gehindert.

Aber daneben ist ein capere der Erben möglich. Und wenn diesen auch der Testator nicht mehr als ein Viertel zu-

zuwenden braucht, so werden auf diese Weise doch mittelbar zugleich die Legate auf drei Viertel beschränkt.

Mit diesem partem quartam hereditatis capere sind wir angelangt bei den Erben, die auf einen Bruchteil vom ganzen Vermögen Anspruch haben. Des heres ex re certa geschieht keine ausdrückliche Erwähnung. Derselbe wird im Laufe der Zeit in den Hintergrund getreten sein.

Die Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück soll nach Windscheid Pand. Bd. 3[7] § 553 'einen Widerspruch in selbst' enthalten; nach Köppen, Röm. Erbrt § 77 S. 493 ist sie 'wie sie lautet, eine rechtlich unmögliche Disposition'.

Das ist richtig vom Standpunkte der modernen Universalsukzession; trifft aber nicht zu für die alte Zeit, wo die hereditas nichts anderes war als ein Haufen körperlicher Sachen. Einem solchen Haufen gegenüber war die Sachteilung sogar das natürlich Gegebene.

Der Uebergang von Forderungen wird sich leichter vollzogen haben als die Haftung für Schulden. Bei den Forderungen vermittelten die Sicherheiten die Vorstellung von deren Fortdauer nach dem Tode des Gläubigers.

Und wenn sich Gläubiger arrogieren ließen oder Frauen sich in eine Manusehe begaben, so wird man nicht so närrisch gewesen sein, deren Forderungen dem Untergange zu weihen. Man wird das Fortbestehen solcher Forderungen vorher bewirkt haben, z. B. durch Delegation; bis sich solcher Uebergang der Forderungen schließlich von selber verstand.

Mit den Forderungen des Erblassers ließ sich eine Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück auch schon eher vereinigen als mit einer solchen Erbeseinsetzung eine entsprechende Haftung für Schulden. Hier wird man zunächst bei den weltlichen Schulden den Weg betreten haben, daß der Testator einen solchen Erben zur Zahlung bestimmter oder aller Schulden verpflichtete. Ein solcher heres war sachlich nichts anderes als ein Legatar, der Schulden zu bezahlen hatte.

Während in der lex Furia von bestimmten Summen die Rede, in der lex Voconia von einem Mehr, das die Legatare nicht an sich nehmen dürfen, haben wir in der lex Falcidia die Bruchteilung eines Vermögens: dum ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant.

Neben solchen Erben, welche die Forderungen einziehen, die Schulden bezahlen, die Legate auskehren und den Wertbestand der Erbschaft unter sich verteilen oder gar als Vollerbe ganz in Anspruch nehmen, ist kein Raum mehr für einen familiae emptor in alter Weise. Derselbe ist jetzt zu einer Scheinperson geworden. Damit hängt zusammen, daß auch des mortis causa capere keine Erwähnung geschieht. Auf Schenkungen todeshalber ist das Falcidische Gesetz erst von Septimius Severus ausgedehnt worden: c. 5 ad leg. Falc. 6, 50 vom Jahre 223.

Das Gesetz berücksichtigt nur die Legate. Es werden angeführt: teils das Vindikationslegat, quid ita datum legatumue erit; teils das Damnationslegat, qui eam pecuniam dare damnatus erit.

Den Ursprung des Damnationslegates brachte ich in Verbindung mit der neuen Erbeinsetzung: Erkl. 61 unter 1. Dabei bleibt offene Frage: ob auf diese Weise schon der heres ex re certa belastet werden konnte, oder erst der Vollerbe bzw. Teilerbe. Meines Wissens enthält unsere Stelle das älteste Zeugnis für das Damnationslegat.

Das Falcidische Gesetz stammt aus dem Jahre 714/40. Die Veranlassung war Geldnot. Um die Kosten des Krieges gegen Sextus Pompejus zu bestreiten, forderten die Triumviri im Jahre 714/40 durch ein Edikt bestimmte Prozente von jeder testamentarischen Zuwendung; und um den Ertrag der Steuer gegen die Gefahr der Erbschaftsausschlagung möglichst zu sichern, wurde das Falcidische Plebiscit eingebracht: siehe App. b. c. 5, 67; Dio 48, 33 und dazu Bachofen Ausgewählte Lehren S. 328.

7. Zwischen der lex Voconia und der lex Falcidia liegen 129 Jahre, und in diesem Zeitraume hatte sich auch sonst mancherlei geändert.

a) Wir sahen oben, Erkl. 19 unter 2, daß der Prätor das neue Erfordernis des Manzipationstestamentes, die Erbeseinsetzung, in seinen ganz besonderen Schutz nahm: er verspricht den eingesetzten Erben die bonorum possessio. Diese bonorum possessio erstreckte sich auf die Gesamtheit der im Nachlasse befindlichen körperlichen Sachen. Mittels des Quorum bonorum konnten nicht bloß einzelne Sachen sondern auch die Gesamtheit der körperlichen Sachen gefordert werden: Gai. IV, 144; Ulp. fr. 1 § 1 quor. bon. 43, 2.

Ganz beseitigt worden ist aber der heres ex re certa nicht. Die Einsetzung eines solchen wird als möglich vorausgesetzt von Gallus Aquilius. Lic. Rufinus fr. 75 de her. inst. 28, 5. Si ita quis heres institutus fuerit 'excepto fundo, excepto usu fructu, heres esto', perinde erit iure ciuili atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est. Vgl. zu dieser Stelle Neuner Die heredis institutio ex re certa S. 37 flg. Es ist freilich streitig, ob hier institutio ex re certa vorliegt: siehe Windscheid Bd. 3[7] § 553 Anm. 1. Ferner sucht sich Sabinus vom Standpunkte des Teilerben aus mit einem solchen Erben abzufinden. Ulp. fr. 9 § 13 D. 28, 5: Si duo sint heredes iustituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur. Vgl. zu dieser Stelle Karlowa R. R. Bd. 2 S. 869. Beide Stellen sind wohl die ältesten Zeugnisse für den heres ex re certa. Sie sind aber nicht der Ausgangspunkt einer neuen Entwicklung: vielmehr ist man bemüht, einen überkommenen Begriff mit einer neuen Auffassung in Einklang zu bringen. Wir dürfen uns den Uebergang von der Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück zu der Einsetzung eines Vollerben bzw. mehrerer Bruchteilserben nicht als einen urplötzlichen vorstellen. Zwar

werden wir bei der lex Furia und Voconia zunächst hingewiesen auf den heres ex re certa. Aber neben beiden Gesetzen hätte sich im Laufe der Zeit gleichwohl ein Erbe aufs Ganze entwickeln können. Hierfür scheint sogar zu sprechen der Erbrechtsfall bei Gell. n. a. 3, 16 § 23. So gut man einem mit einzelnen Sachen Bedachten die Verpflichtung zur Schuldenzahlung auferlegte, muß dies umsomehr zulässig gewesen sein, wenn dem heres sämtliche körperliche Sachen überwiesen wurden. Neben einem solchen heres war dann aber kein heres ex re certa in alter Weise denkbar, und ebensowenig ein familiae emptor, der sachlich etwas zu bedeuten hatte. Der Vollerberbe aufs Ganze, welcher für sämtliche Schulden haftete, wird demnach den Uebergang gebildet haben zu den mehreren Teilerben, die ihrem Bruchteile entsprechend für die Schulden aufkommen mußten.

b) Der Prätor hat noch nach einer andern Richtung eingegriffen. Ursprünglich scheint man sich mit der bloßen Erbeseinsetzung begnügt zu haben, ohne die Gültigkeit des Testamentes von dem Erbschaftsantritte abhängig zu machen. Nun sehen wir aber aus der vierten Klasse der neuen Pontifikalordnung, daß die Gläubiger einen Anspruch auf den Nachlaß hatten, wenn kein Erbe vorhanden war, soweit dieser aus körperlichen Sachen bestand: vgl. Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 32 S. 196 und Erkl. 36 S. 202. Der Prätor wird solchen Nachlaß den Gläubigern überwiesen haben. Diesen Gläubigern mußten die Legatare nachstehen. Und so kommen wir zu dem Satze: daß die Legate nur dann gültig sind, wenn der Erbe antritt.

c) Bei dieser heredis institutio handelte es sich vor allen Dingen darum, mit dem Satze der Zwölftafeln uti legassit super pecuniam, ita ius esto eine Auseinandersetzung herbeizuführen. Neben den Legaten wird in der lex Furia und Voconia auch das mortis causa capere mitberücksichtigt. Wie nun aber, wenn jemand ohne Legate auszusetzen, mortis causa sein Vermögen manzipierte. Daß auch für solchen Fall

eine Erbeseinsetzung erforderlich gewesen wäre, dafür fehlt es an allem Anhalt.

Also wenn jemand einem familiae emptor sein Vermögen manzipierte, ohne eine Erbeseinsetzung vorzunehmen, so war dies ein gültiges Rechtsgeschäft. Sonach hat die neue Testamentsform die alte keineswegs ganz beseitigt, sondern sie nur bestehen lassen als eine selbständige Schenkung todeshalber.

d) Legate konnten allerdings einem solchen familiae emptor nicht auferlegt werden. Wie war es aber mit den Fideikommissen? Dieselben sind zwar erst unter Augustus klagbar geworden: § 1 I. de fideicom. her. II, 23; reichen aber schon an die lex Voconia hinan: Gai. II, 274. So könnte man ja auch den alten familiae emptor statt mit Legaten mit Fideikommissen belastet haben.

Vergegenwärtigen wir uns jetzt noch einmal Gai. II, 102. 103: amico familiam suam . . mancipio dabat eumque rogabat . . ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet. Die Worte rogare und mandare sind gerade typisch für das Fideikommiß. Paul. sent. 4, 1 § 6: Fideicommittere his uerbis possumus 'Rogo, Peto, Volo, Mando'. So mögen sich denn gerade hier die Fideikommisse zunächst angelehnt haben.

Folgende Entwicklung hat sich uns dargeboten.

Das alte Manzipationstestament nimmt insofern eine andere Gestalt an, als Erbeseinsetzung verlangt wird. Dem Coruncanius muß diese Form bereits bekannt gewesen sein.

Die Testatoren wissen die Sache aber so zu gestalten, daß dem Erben wenig oder gar nichts übrig bleibt. Dagegen sind gerichtet die lex Furia und Voconia. Beide kennen noch den alten familiae emptor, und der eingesetzte Erbe daneben wird ein heres ex re certa gewesen sein.

Einschneidender als diese beiden Gesetze scheinen die Maßnahmen des Prätors gewesen zu sein. Er gewährt dem eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas.

Aber seine bonorum possessio ergreift die Gesamtheit der körperlichen Sachen. Will also der Testator seinen Erben diesen Vorteil verschaffen, so muß er einen Vollerben bzw. mehrere Teilerben einsetzen. So kommt es, daß der heres ex re certa mehr zurückgedrängt wird: ganz beseitigt ist er aber nicht.

Außerdem überweist der Prätor den Nachlaß den Gläubigern, wenn keine Erben vorhanden sind. Auf diese Weise werden die Legate abhängig vom Erbschaftsantritt.

Bei der lex Falcidia begegnen wir schon dem Erben, der ein Vermögen als Ganzes in Anspruch nimmt, bzw. mehreren Teilerben. Auch muß damals schon die Gültigkeit der Legate durch den Erbschaftsantritt bedingt gewesen sein.

Spurlos verschwunden ist das alte Manzipationstestament nicht mit der Erbeseinsetzung. Es hat sich erhalten bzw. entwickelt zu einer selbständigen Schenkung todeshalber. Einen solchen familiae emptor könnte man auch schon mit Fideikommissen belastet haben, die freilich zunächst nicht klagbar waren.

67. Ante heredis institutionem inutiliter legatur. II, 229—231.

Die drei Plebiszite, die wir eben betrachteten, gehen noch verhältnismäßig glimpflich mit dem Zwölftafelrechte um. Aeußerlich wird am Uti legassit festgehalten, nur auf Umwegen sucht man dasselbe zu untergraben.

Die Wissenschaft geht schon kühner vor. Ueber alles, was vor der Erbeseinsetzung gesagt worden, wird einfach ein Strich gemacht. Dieser Rigorismus läßt aber andererseits wiederum darauf schließen: welche Mühe es gemacht haben muß, die römischen Testatoren an die Erbeseinsetzung zu gewöhnen.

Der Satz wird zunächst auf das Legat zur Anwendung gebracht: II, 229, vgl. damit Ulp. 24, 15.

Was vom Legate, soll nach § 230 auch von der testamentarischen Freilassung gelten. Ulpian bringt denselben Satz,

wenn auch nicht bei den Legaten: I, 20. Vgl. ferner I. I. § 34 de leg. II, 20.

Ich habe schon früher, Erkl. 53 unter 2, darauf hingewiesen, daß dieser Satz in Widerspruch tritt mit der Einsetzung des eignen Sklaven. Denn sachlich ist doch ausgeschlossen, daß jemand eher einem Sklaven von seinem Vermögen zuwenden kann, bevor er frei geworden. Dem entspricht auch die Formel liber et heres esto.

Die Sabinianer wollten sogar die Vormundsbestellung vor der Erbeseinsetzung nicht gelten lassen, in welcher Beziehung die Proculejaner einen andern Standpunkt einnahmen. Die Proculejaner scheinen durchgedrungen zu sein. Wenigstens wird I. I. § 3 qui dari tut. I, 14 ihre Ansicht für die unzweifelhaft richtige erklärt.

Die Ungültigkeit der Legate hat Justinian aufgehoben durch c. 24 de test. 6, 23 vom Jahre 528. Und folgeweise ist beseitigt worden die Ungültigkeit der Freilassungen: siehe § 34 I. de leg. 2, 20.

68. Post mortem heredis inutiliter legatur. II, 232—234.

Das Damnationslegat durchbricht bereits den Satz, daß eine Verpflichtung nicht in der Person des Erben ihren Anfang nehmen könne: siehe Erkl. 61 unter 1. Bei diesem Satze ist man dann aber insofern zunächst stehen geblieben, als ein Damnationslegat nicht nach dem Tode des Erben beginnen kann. Und in gleicher Weise wurde das Vindikationslegat mit der Person des Erben verknüpft. Also unwirksam sind die Legate 'cum heres meus mortuus erit'.

Gültig dagegen das Legat 'cum heres moriatur'. Denn dieses verbindet sich noch mit dem lebenden Erben.

Unwirksam wiederum ein Legat 'pridie quam heres meus morietur'. Gajus mißbilligt freilich diesen Satz, aber er entspricht durchaus dem Grundgedanken: siehe Huschke, Studien S. 284. Er gilt auch für die Stipulation. Siehe III, 100:

wo Gajus diesen Satz nicht bloß unbeanstandet vorträgt, sondern gleichzeitig ganz gut begründet. Vgl. über diesen Widerspruch Filippo E. Vassalli, Di talune clausole con riferimento al 'dies mortis' nel legato e nella stipulazione, insonderheit S. 48 flg.

Wie das Legat, so ist nach Gajus auch die testamentarische Freilassung zu behandeln: vgl. Ulp. I, 20.

Ein Nachgajaner wirft die Frage auf, wie es sich mit der Ernennung eines Vormundes verhalte. Er will die Frage gerade so behandelt wissen, wie die Ernennung des Vormundes vor der Erbeseinsetzung. In dieser Beziehung erhalten wir nun freilich im § 231 keine bestimmte Antwort. Es wird nur gesagt: die Sabinianer verwarfen eine derartige Vormundsbestellung, während die Proculejaner sie zuließen. Demnach kämen wir auch hier zu einer verschiedenen Beantwortung, je nachdem wir uns auf die Seite der Proculejaner oder Sabinianer stellten.

Den Fall werden wir uns so zu denken haben. Ueber sein unmündiges Kind setzt jemand einen Miterben A zum Vormund ein; sollte dieser A sterben, nachdem er die Vormundschaft schon übernommen hatte, aber noch vor der Mündigkeit des Kindes, so soll der B Vormund sein.

Die Möglichkeit einer derartigen Vormundsbestellung erkennt an Paul. fr. 7 de test. tut. 26, 2: et ipse heres tutor dari potest et post mortem heredis tutor recte dari potest.

Die Unwirksamkeit der nach dem Tode des Erben ausgesetzten Legate beseitigt Justinian in c. 11 de contr. stip. 8, 37 vom J. 521.

69. Poenae nomine inutiliter legatur. II, 235—237.

Beim legatum poenae nomine relictum haben wir es mit der Bedingtheit zu tun. Dasselbe scheint erst aufgekommen zu sein beim Damnationslegat, wenigstens bringen die Beispiele

nur diese Form. Auch ist das eigentliche Vindikationslegat der Bedingtheit erst verhältnismäßig spät teilhaftig geworden: siehe Erkl. 60.

1. Es ist ein sehr natürlicher Gedanke, daß derjenige, welcher einem andern etwas vermacht, von einer wohlwollenden Gesinnung gegen den Vermächtnisnehmer geleitet wird. Da aber ein solches Vermächtnis allemal demjenigen, der damit belastet wird, insonderheit dem Erben, einen Teil des ihm Zugewandten wiederum entzieht, ist auch bei bedingten Vermächtnissen eine andere Auffassung denkbar, nämlich die: den Belasteten in seiner Freiheit zu beschränken und sich, falls er davon Gebrauch machen sollte, an ihm zu rächen.

Es ist z. B. dem Testator sehr wohl bekannt, daß der Erbe nichts sehnlicher wünscht, als seine Tochter dem Titius zu verheiraten. Der Testator gönnt aber dem Erben den Titius nicht als Schwiegersohn. Deshalb trifft er folgende Verfügung: wenn der Erbe dem Titius seine Tochter zur Frau gibt, so soll er dem Sejus tausend zahlen.

Oder umgekehrt. Der Titius ist der unausstehlichste Mensch von der Welt, gerade aus diesem Grunde wünscht der Testator dem Erben einen solchen Schwiegersohn. Deshalb verfügt er: wenn der Erbe seine Tochter dem Titius nicht zur Frau gibt, so soll er dem Sejus tausend zahlen.

Ein anscheinend später hinzugefügtes Beispiel macht das Vermächtnis von folgender Bedingung abhängig: ‘wenn der Erbe sich binnen zwei Jahren kein Grabmal errichtet haben wird’.

Wie ist das zu verstehen? Haben wir dabei an einen Selbstmord zu denken? Oder hätte das Grabmal schon bei Lebzeiten errichtet werden können, um den Betreffenden stets an den Tod zu erinnern, von dem er nichts wissen mochte?

2. Solche legata poenae nomine relicta sollten ungültig sein. I. I. § 36 de leg. II, 20 berichten, daß selbst Kaiser ein derartiges ihnen ausgesetztes Legat nicht anerkannt hätten, worauf sich mehrere kaiserliche Gesetze bezögen. Das erste

Gesetz dieser Art erließ Antoninus Pius. Script. Hist. Aug. Anton. Pius 8, 5: primus constituit, ne poenae causa legatum relictum maneret.

Daß mehrere Gesetze dieser Art erlassen wurden, zeigt wohl an, daß sich deren Gültigkeit jedesmal auf die Person des betreffenden Kaisers beschränkte.

Wenn ferner Antoninus Pius zuerst ein derartiges Gesetz erließ, so werden sich die Kaiser vor ihm um diese Art von Ungültigkeit nicht bekümmert haben. Das ist insofern bemerkenswert, als anfangs die Gesetze im allgemeinen auch den Kaiser banden: Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 2³ S. 750. Hier steht aber anscheinend ein Rechtssatz in Frage, der nicht durch Gesetz, sondern durch Wissenschaft und Rechtssprechung ins Leben gerufen war. Solchen Sätzen gegenüber nahmen also die Kaiser eine freiere Stellung in Anspruch.

3. Diese Unterscheidung bei den bedingten Legaten — ob sie auf einer wohlwollenden Absicht gegen den Vermächtnisnehmer beruhen, oder ob der Testator in erster Linie die Freiheit des Belasteten beschränken wollte — geht zurück auf den Beweggrund. Ein gehässiger Beweggrund kann auch heutzutage letztwilligen Verfügungen zugrunde liegen. So hatte einmal ein Franzose Ballardin aus Haß gegen sein Vaterland den späteren Kaiser Friedrich, als er noch Kronprinz war, zum Erben seines gesamten Vermögens eingesetzt. Vom Kronprinzen wurde jedes Eingehen auf diese Angelegenheit abgelehnt.

4. Die Gehässigkeit des Beweggrundes wird oft schwer nachweisbar sein. Damit mag es zusammenhängen, daß Justinian den fraglichen Rechtssatz im allgemeinen aufhob: c. un. de his quae poenae nomine 6, 41 vom J. 528. Nur wenn die dem Belasteten gemachte Auflage etwas Unmögliches, Widerrechtliches oder Unsittliches enthält, soll die Bedingung gestrichen werden. Dahin werden wir den Fall stellen können 'wenn sich der Erbe binnen zwei Jahren kein Grabmal errichtet haben wird': jedenfalls wenn dabei an Selbst-

mord zu denken sein sollte. Die Zumutung eines Selbstmordes wäre doch eine Unsittlichkeit.

5. Was Justinian so als Ausnahme hinstellt, fällt zusammen mit dem Rechtssatze, daß unmögliche und unsittliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen gestrichen werden. Das BGB. steht in dieser Beziehung bekanntlich auf einem andern Standpunkte: vgl. Dernburg, Bürgerl. Rt. Bd. 1 § 151, Bd. 5 § 44.

6. Auf die testamentarische Freilassung wollte schon Gajus den betreffenden Rechtssatz nicht anwenden, obwohl er dies als eine Streitfrage hinstellt. Später scheint auch die gegenteilige Ansicht die Oberhand gewonnen zu haben. I. I. § 36 de leg. II, 20: quin etiam nec libertatem poenae nomine dari posse placebat.

7. Was die Vormundsbestellung anbetreffe, so meint Gajus, daß hier nicht einmal von einer Streitfrage die Rede sein könne. Gehässige Gesinnung kann allerdings auch bei dieser Gelegenheit zum Ausdruck kommen. Wenn der Miterbe A seine Tochter dem B zur Frau gibt, soll Titius Vormund meines unmündigen Sohnes sein, sonst der Lucius. Nun ist aber der Titius ein Erzkrakehler, und es kann einem Miterben doch nicht einerlei sein, ob er es bei der Erbauseinandersetzung mit einem friedfertigen oder streitsüchtigen Manne zu tun hat. Indessen mag der Miterbe das eine oder andere hinsichtlich seiner Tochter beschließen, immerhin erleidet er keine Vermögenseinbuße, und das ist hier unter poena zu verstehen.

70. Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. II, 238—240. 242.

Als Beispiel einer incerta persona wird zunächst derjenige aufgeführt, der durch ein künftiges Ereignis näher bestimmt wird. Wenn aber die Unbestimmtheit nicht allzugroß war — sub certa demonstratione — konnte später gültig legiert werden.

Der Ursprung dieses Satzes ist ebenfalls auf dem Gebiete des Damnationslegates zu suchen.

Was vom Legate galt, ist übertragen worden auf die Erbeseinsetzung. Diese Auffassung liegt zugrunde dem § 242: est enim incerta persona. Bestimmter lautet § 287. Desgleichen Ulp. 22, 4: Incerta persona heres institui non potest.

Ulp. 22, 5 fügt noch hinzu die Gemeinde, die ihm als ein incertum corpus erscheint. Er kann sie also nicht als eine juristische Person aufgefaßt haben: siehe Societas publicanorum Bd. 1 S. 251. 269. Mit den Gemeinden ausgesetzten Legaten verhielt es sich aber anders: Ulp. 24, 28.

Kehren wir zu dem Falle zurück, wo die nähere Bestimmung der Person durch ein künftiges Ereignis erfolgen soll. Nicht bloß ein solches Vermächtnis, sondern auch eine derartige Erbeseinsetzung ist nach Justinianschem Rechte zulässig: I. I. § 27 de leg. II, 20; c. un. de inc. pers. 6, 48 vom J. 528 oder 529.

Unter Umständen ist nach Justinianschem Recht sogar die Einsetzung ganz unbestimmter Personen gestattet. Es setzt z. B. jemand die Armen oder die Kriegsgefangenen zu Erben ein: c. 48 de episc. et clericis 1, 3 vom J. 531.

71. Postumo alieno inutiliter legatur. II, 241. 242.

Beim postumus beginnt umgekehrt die Entwicklung bei der Erbeseinsetzung.

Es rang sich allmählich der Satz durch, daß ein postumus suus zum Erben eingesetzt werden könne: siehe Erkl. 25.

Beim postumus alienus oder extraneus hielt aber das Zivilrecht an dem Satze fest, daß eine Erbeseinsetzung nach Zivilrecht unzulässig sei. Indessen erteilte der Prätor einem so Eingesetzten die bonorum possessio secundum tabulas. Vgl. pr. I. I. de bon. poss. III, 9: nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure

ciuili adire non poterat, cum institutio non ualebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur. Nach Justinianischem Recht ist eine solche Erbeseinsetzung aber auch zivilrechtlich gültig: c. un. § 1 de inc. pers. 6, 48. Siehe das Nähere bei Leist, Forts. Bd. 4 S. 31 flg.

Das Zivilrecht übertrug sich aufs Legat, und zwar wurde der postumus alienus den personae incertae angereiht. Genau genommen wäre aber ein postumus suus gerade so gut eine persona incerta gewesen. Justinian in der angeführten c. un. § 1 hat dann freilich auch ein derartiges Vermächtnis zugelassen. Vgl. ferner § 27 de leg. II, 20.

Zu den postumi alieni gehört auch der Enkel vom emanzipierten Sohn. Ferner der nicht in zivilrechtlich gültiger Ehe Erzeugte dem Vater gegenüber.

Den Gegensatz zur zivilrechtlich gültigen Ehe bildet einmal die Ehe nach Peregrinenrecht. Diese kommt hier aber nicht in Betracht, da Peregrinen von Römern weder zu Erben eingesetzt noch mit Legaten bedacht werden konnten.

Das matrimonium iuris gentium gehört auch nur so weit hierher, als daraus römische Bürger hervorgehen konnten. Siehe das Nähere Buch 1 Erkl. 21.

Außerdem haben wir zu denken an die Konkubinenkinder und sonstigen unehelichen Kinder. Vgl. darüber Paul Meyer, 'Der römische Konkubinat' S. 52 flg.

Diese sollten dem Vater gegenüber postumi alieni sein. Der Mutter gegenüber können sie aber auch nicht anders dagestanden haben, da deren Kinder keine sui heredes waren.

72. Coheredis adiectio poenae nomine. II, 243.

In seiner Vorlage fand Gajus den Satz, daß unter andern auch die Grundsätze über das legatum poenae nomine relictum nicht auf die Erbeinsetzung zu übertragen seien.

Er vermag sich bei dieser Auffassung nicht zu beruhigen und gibt innerlich vielmehr denen recht, welche sie verwarfen: quamquam non inmerito quibusdam placeat.

Zu diesen gehörte namentlich Sabinus, dessen Ansicht später auch durchdrang. I. I. § 36 de leg. II, 20: eo amplius nec heredem poenae nomine adici posse Sabinus existimabat.

73. Der zum Erben eingesetzte Herr bezw. Vater belastet mit einem Legate zugunsten eines Gewaltunterworfenen oder umgekehrt. II, 244. 245.

1. Ist der zum Erben eingesetzte Herr bezw. Vater mit einem Legate zugunsten eines Gewaltunterworfenen belastet, so hielt Servius ein solches Legat für gültig, wenn am dies cedens das Gewaltsverhältnis bereits gelöst war. Er kümmerte sich also nicht um die regula Catoniana.

Diese lautete nach Celsus fr. 1 pr. de reg. Cat. 34, 7: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non ualere.

Unter dem Einflusse dieser Regel stehen offenbar Sabinus und Cassius: quod nullas uires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator. Sie nehmen aber noch aus das bedingte Legat, das nach Meinung der Proculejaner ebenfalls in den Bereich der betreffenden Regel fällt.

Die Auffassung der Sabinianer hat die Oberhand behalten. Ulp. 24. 23; I. I. § 32 de leg. II, 20. Vgl. ferner Ulp. fr. 4 de reg. Cat. 34, 7.

Wer einem Gewaltunterworfenen ein Legat aussetzt, will natürlich, daß dieses Legat dem Gewaltunterworfenen selber zugute komme. Dem stellt sich der Rechtssatz entgegen: daß der Gewaltinhaber durch den Gewaltunterworfenen erwirbt.

Dabei haben wir hier vor allen Dingen an das Eigentum zu denken. Mit besserem Erfolge scheint man hier das Nießbrauchsvermächtnis zur Anwendung gebracht zu haben. Der Testator verpflichtet seinen Erben, zu gestatten: daß der Haussohn Zeit seines Lebens ein bestimmtes Grundstück nutze und

genieße, sich eines bestimmten Sklaven bediene. Vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 249.

2. Auf den umgekehrten Fall, wenn der Gewaltunterworfene zum Erben eingesetzt und mit einem Legate zugunsten des Herrn bezw. Vaters belastet war, scheint man die regula Catoniana nie angewandt zu haben: vgl. I. I. § 33 de leg. II, 20; Ulp. 24, 24.

Näheres über diese Fragen bei Arndts, Forts. Bd. 1 S. 436 flg.; Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 271 flg.; Köppen, Lehrbuch des röm. Erbrts. S. 719 flg.; Karlowa, R. R. S. 931 Anm. 5.

74. Das Erbschaftsfideikommiß in seinen Anfängen. II, 246—252.

Das Fideicommiß wurde erst seit Augustus klagbar: § 1 I. I. de fideicom. her. II, 23. Gegenstand desselben ist entweder eine einzelne Sache oder eine Erbschaft, sei es in ihrer Ganzheit oder zu einem Teile. Ueber die ursprüngliche Behandlung eines Erbschaftsfideikommisses belehrt uns der § 252.

1. Ich knüpfe zunächst an das an, was ich bereits Erkl. 66 ausgeführt habe. Das neue Testament mit Erbeseinsetzung hat keineswegs das alte Manzipationstestament ganz verdrängt, sondern dasselbe nur verwandelt in eine Schenkung todeshalber. Ein so Beschenkter konnte zwar nicht mit Legaten belastet werden, wohl aber mit unverbindlichen Fideikommissen.

Das Fideikommiß reicht bereits an die lex Voconia heran. Durch dieses Gesetz wurde in einem gewissen Umfange verboten, Frauen zu Erben einzusetzen: II, 274. Es wurde aber in der Weise umgangen, daß man einen Treuhänder ersuchte, das Vermögen einer Frau zu übertragen. Vielleicht fand das Fideikommiß zuerst bei solchen Erbschaften Anwendung. Und so könnte es sich erklären, wie Gajus dazu kam, mit den Erbschaften zu beginnen und erst dann auf die einzelnen Sachen einzugehen.

2. Als nun unter Augustus die Fideikommisse klagbar wurden, beschränkte man die Klagbarkeit auf diejenigen Fideikommisse, die in einem Testamente mit Erbeseinsetzung angeordnet waren. Und zwar sollte ein Erbschaftsvermächtnis nur einem eingesetzten Erben auferlegt werden können.

Noch das S.C. Trebellianum vom Jahre 56 n. Chr. beschränkt sich auf testamentarische Erben. Ulp. fr. 6 § 1 ad senatusc. Treb. 36, 1: Meminisse autem oportebit de herede instituto senatum loqui. Es ist erst später auf die Intestaterbfolge ausgedehnt worden: Fein, Forts. Bd. 44 S. 324. Hierfür scheint namentlich Julian eingetreten zu sein. Ulp. a. a. O. fährt fort: ideoque tractatum est apud Iulianum. Nach Julian sollte der ohne Testament verstorbene Erblasser, der in einem Kodizill Fideikommisse angeordnet hatte, so betrachtet werden, als ob er die Intestaterben zu Erben eingesetzt hätte: fr. 3 pr. § 1 de iure cod. 29, 7. Vgl. Fein a. a. O. S. 308 flg.

3. Die Herausgabe einer solchen Erbschaft an den mit dem Erbschaftsfideikommiß Bedachten wurde begleitet von einer Manzipatio: in usu erat ei cui restituebatur hereditas nummo uno eam hereditatem dicis causa uenire. Das ist sehr bemerkenswert.

Oben I, 119. 120; II, 14ᵃ—17 — siehe dazu Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 14 — wurden doch nur als res mancipi aufgezählt: Sklaven, bestimmte Tiere, italische Grundstücke, Felddienstbarkeiten. Nach unserer Stelle ist offenbar auch die hereditas den res mancipi zuzurechnen. Wie mag sich das erklären?

Die hereditas ist insofern schon res mancipi, als darüber in einem Manzipationstestamente verfügt werden kann. Also die Einteilung in res mancipi und nec mancipi beschränkt sich auf die Rechtsgeschäfte unter Lebenden.

Aber hier soll doch von einem Lebenden an einen Lebenden eine Erbschaft herausgegeben werden. Wir haben also das Gebiet dieser Sacheneinteilung noch näher zu begrenzen. Sie

beschränkt sich nur auf die Singularsukzession und ergreift nicht die Universalsukzession.

Universalsukzession haben wir hier aber zunächst im alten Sinne zu verstehen. Der Gegensatz zur Singularsukzession ist ursprünglich der: im einen Falle wird eine einzelne Sache, im andern Falle wird eine Mehrheit von Sachen erworben: siehe Erkl. 2.

4. Das Verhältnis von Manzipation und restituere stelle ich mir so vor: Manzipation ist die rechtliche, restituere die tatsächliche Uebertragung der hereditas. In den Rechtsbüchern Justinians ist das restituere allein übrig geblieben und hat zugleich die Wirkung der Manzipation in sich aufgenommen. Vgl. über diese Restitution Rtsgel. Gajus S. 267 flg.

5. Ein Beiwerk zu der Mehrheit von Sachen, welche die hereditas umfaßt, wurden im Laufe der Zeit die Forderungen und Schulden. Die Manzipation überträgt nur Rechte an körperlichen Sachen, insonderheit Eigentum. Wegen des Beiwerkes bediente man sich der Stipulationen.

Diese Stipulationen sind herübergenommen vom Erbschaftskaufe. Also der Erbschaftskauf hat sich früher entwickelt als das Erbschaftsvermächtnis.

Vielfach begegnet man der Ansicht — z. B. bei B a r o n, Gesch. des röm. Rts. § 176 — daß gleich von Anfang an neben den stipulationes quasi emptae uenditae hereditatis auch stipulationes partis et pro parte abgeschlossen seien. Das steht durchaus in Widerspruch mit Gajus: olim autem ne heredis loco erat nec legatari, sed potius emptoris. Ebenso mit dem Kommentator von Autun §§ 66. 67.

6. Diese Stipulationen werden sich beim Erbschaftskaufe ebenfalls an eine Manzipation angelehnt haben. Der Verkäufer wird verpflichtet gewesen sein, die Erbschaft dem Käufer zu manzipieren. In den Justinianschen Rechtsbüchern ist natürlich auch diese Manzipation verschwunden. Hier ist bloß von einem tradere die Rede. Vgl. Paul. fr. 14 § 1 de her.

uend. 18, 4; c. 6 de her. uend. 4, 39 und dazu Avenarius, Der Erbschaftskauf S. 36.

Daß die willkürliche Veräußerung einer Erbschaft auf dem Wege der Manzipation vor sich ging, hat schon Pernice, Labeo Bd. 1 S. 338 richtig ausgeführt. Ich kann ihm aber darin nicht beistimmen, daß die Manzipation mit dem Aufkommen des konsensualen Kaufvertrages überflüssig geworden sei. Die Manzipation ist gerade Erfüllung des Kaufvertrages. Der Käufer kann verlangen, daß ihm dasselbe Recht übertragen werde, wie es dem Erben zustand. Wie hätte dies zu Anfang der Kaiserzeit aber anders geschehen können als durch Manzipation? Der Verkauf einer einzelnen Sache unterlag ganz andern Regeln. So sagt noch Ulp. fr. 2 pr. de her. uend. 18, 4: Venditor hereditatis satisdare de euictione non debet, cum id inter emtorem et uendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset.

Der Manzipation schließen sich an die Stipulationen. Sie umfassen die beiderseitigen Verpflichtungen, sofern sie sich bei der Erfüllung noch nicht übersehen lassen, bezw. sofern sie zur Erfüllung noch nicht reif waren. Aehnlich schon Keller, Institutionen S. 329. Die Stipulationen sind eine Ergänzung der Erfüllung. Mit ihrem Inhalt müssen wir uns noch etwas näher beschäftigen. Dabei stelle ich das Erbschaftsfideikommiß in den Vordergrund.

7. Der Erbe läßt sich versprechen, daß der Fideikommissar ihn schadlos halten würde, quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset siue quid alias bona fide dedisset. Kr.[4] änderte fuisset in soluisset, hat diese Aenderung aber in der fünften Auflage zurückgenommen, während sich dieses soluisset noch findet bei Girard[4]. Dagegen Huschke unter Berufung auf Ulp. fr. 2 § 20 de her. uend. 18, 4: Sed et si quid uenditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilo minus agere potest cum emptore.

Ich glaube nun allerdings, daß der Satz bei Ulpian erst spätere Entwicklung ist und auf diesen Fall die Stipulation nicht zugeschnitten war: daß also sachlich Kr.[4] das Richtige vorschwebte. Darum bedürfen wir aber keiner Textänderung. Das alias weist uns darauf hin, daß wir das dedisset mit auf condemnatus fuisset beziehen müssen. Es liegt eine Ellipsis vor: condemnatus fuisset = condemnatus fuisset et dedisset.

Der Erbe ist nach wie vor für Forderungen an den Nachlaß der richtige Beklagte und selbstverständlich berechtigt, solche Prozesse zu führen. Er hat das aber nicht nötig. Wenn er die Forderung für richtig hält, kann er sie bezahlen. Bestreitet er die Forderung, so mag ihn der Fideikommissar verteidigen: ut recte defenderetur.

Der Fideikommissar ließ sich versprechen: ut, si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur.

Wie sieht es aus mit den Forderungen des Erblassers? In dieser Beziehung erinnere ich zunächst daran, daß Forderungen ursprünglich nicht übertragen werden konnten. Das wird ja ausdrücklich gesagt II, 38: siehe dazu Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 26. Einigen Ersatz bot die Delegation dar. Aber diese setzte Zustimmung des Schuldners voraus. Wie, wenn diese versagte? Es mußte sich doch machen lassen, ohne erst den Schuldner zu fragen, daß die Forderungen des Erblassers dem Käufer der Erbschaft bezw. dem Fideikommissar zugute kamen.

Der Erbschaftsverkauf, weil er die Forderungen mitumfaßte, ist maßgebend geworden für den Verkauf einer Forderung, einer Klage überhaupt. Die Ueberschrift des betreffenden Digesten- und Kodextitels lautet noch: de hereditate uel actione uendita. Wir stehen hier demnach bei den Uranfängen der Zession. Und die Fassung der betreffenden Stipulation verdient wohl mehr Beachtung, als ihr bisher zuteil geworden ist.

Das dem Käufer bezw. Fideikommissar gegebene Versprechen lautete: ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

Nur ein Dulden wird verlangt, keine positive Handlung dem Käufer, Fideikommissar gegenüber: also auch kein mandare actiones. Das Mandat kommt überhaupt für den alten Prozeßvertreter gar nicht in Betracht. Der cognitor wird bestellt durch bestimmte feierliche Worte, die zum Gegner gesprochen werden: IV, 83. Der Prokurator ist in erster Linie negotiorum gestor. Vgl. Eisele, Cognitur und Procuratur S. 58 flg. Er hat zu versprechen und sogar Sicherheit dafür zu leisten: amplius eo nomine neminem petiturum. Vgl. Keller, Röm. Zivproz.[6] S. 288.

Also der Erbe hat zu dulden, daß der Käufer bezw. Fideikommissar die Forderungen des Nachlasses als Prokurator einklage. Und was von persönlichen Forderungen, gilt auch von Geltendmachung streitiger dinglicher Rechte. Demnach darf er nicht in die Prozeßführung hineinreden. Und was die iudicati actio anbetrifft, so lag um so weniger Grund vor, sie einem solchen Prokurator zu verweigern, da er sich jeden Augenblick durch die Stipulationsurkunde als einen procurator in rem suam ausweisen konnte.

Durch eine solche Stipulation wurde also ökonomisch derselbe Erfolg erzielt wie heutzutage durch eine Generalvollmacht dahin lautend: daß der Bevollmächtigte sämtliche Nachlaßforderungen beizutreiben und sämtliche den Nachlaß betreffenden streitigen Rechte geltend zu machen, die Befugnis haben solle.

Nicht ganz so einfach liegt die Sache beim Cognitor. Hier muß noch eine Erklärung dem Gegner gegenüber hinzukommen, die allerdings schon vor Beginn des Prozesses abgegeben werden konnte. Vgl. Gai. IV, 83: quod ego tecum agere uolo. Auch brauchte sie nicht in iure zu geschehen: Keller a. a. O. S. 266; Eisele a. a. O. S. 13.

Was die Ausgestaltung der Klagen auf Grund dieser Stipulationen anbetrifft, so werden wir der praescriptiones pro actore nicht entraten können, die auch deutlich genug durch das ut angedeutet sind. Siehe sonstige Beispiele Präscriptio S. 50.

Präskriptionen für den klagenden Erben wären: ea res agatur, ut eo nomine indemnis sit; bezw. ut recte defendatur. Und Präskriptionen für den klagenden Fideikommissar: ea res agatur, ut sibi restituatur, quod ex hereditate ad heredem peruenit; bezw. ut patiatur eum, cui restituit hereditatem, hereditarias actiones procuratorio nomine exequi.

75. S.C. Trebellianum. II, 253.

1. Koeppen System des Erbrechts S. 91 stellt sich die Sache so vor, als ob die Erzwingbarkeit des Erbschaftsfideikommisses erst durch das S.C. Trebellianum eingeführt sei. Dieses Senatusconsultum dürfte vielmehr die Klagbarkeit des Erbschaftsfideikommisses bereits zur Voraussetzung haben.

2. In Anlehnung an das bisherige Recht faßt es nur den testamentarischen Erben ins Auge. Davon habe ich bereits soeben Erkl. 74 unter 2 gehandelt. Und hierauf beziehen sich die Worte des S.C. bei Ulp. fr. 1 § 2 ad S.C. Treb. 36. 1: sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset.

3. Das S.C. beschäftigt sich nur mit dem Uebergang von actiones auf und gegen den Fideikommissar. An der Verpflichtung, die hereditas, soweit sie aus körperlichen Sachen besteht, zu manzipieren, wird nichts geändert. Ich hebe dies besonders hervor, weil dieser Manzipationsfall in der bisherigen Litteratur recht stiefmütterlich behandelt worden ist.

Nach den ausgeschriebenen Worten ist freilich anzunehmen, daß für den Uebergang der Klagen die Restitution ausgereicht hätte. Andererseits heißt es aber doch von den Fideikommissaren: in quos ius fructusque transferretur. Hiervon möchte ich das ius auf die Manzipation und den fructus auf die tatsächliche Uebergabe beziehen. Also die Manzipation konnte noch immer verlangt werden.

Auch der Kommentator von Autun § 67 beschäftigt sich mit dieser Manzipation, überweist sie aber der Vergangenheit: damals muß sie also nicht mehr in Uebung gewesen sein.

4. Das Senatusconsultum hat aber keineswegs den Uebergang aller Aktionen angeordnet, sondern beschränkt sich auf die schwebenden Prozesse. Es heißt ausdrücklich: si qua de his bonis iudicia penderent. Ferner sagt Paul. fr. 41 pr. 36, 1: Quamuis senatus de his actionibus transferendis loquatur. Also nur ein transferre actiones steht in Frage. Ein solches transferre setzt voraus, daß bereits lis kontestiert war; und fand namentlich auch in Todesfällen statt: Keller R. Civproz.[6] S. 352; Koschaker, Translatio iudicii S. 239 flg.

Ist eine der Parteien nach der litis contestatio gestorben, so muß der Prozeß, damit das Urteil gesprochen werden könne, reassumiert werden. Im Falle eines Erbschaftsfideikommisses soll aber nicht der Erbe, sondern der Fideikommissar für den Erblasser in den Prozeß eintreten.

5. Daß alle Klagen auf und gegen den Fideikommissar übergehen, ist erst spätere Entwicklung. Damit wird in Zusammenhang stehen die Interpolation in fr. 1 § 2 D. 36, 1 actiones quae in heredem heredibusque dari solent, auf die zuerst aufmerksam gemacht hat Wlassak Röm. Prozeßges. Bd. 1 S. 42 Anm. 6.

6. Die Art der Entwicklung ist sehr bemerkenswert. Daß der Senat damals schon, im Jahre 56 n. Chr., hätte Normen aufstellen können, an die der Prätor gebunden war, scheint nicht der Fall gewesen zu sein. Ein Senatsbeschluß vertrat damals noch nicht die Stelle eines Gesetzes. Auch spricht der Senat von Haus aus und noch unter dem Prinzipate nur eine Meinung aus, sagt was ihm gefällt: quid de ea re fieri placeret, de ea re ita censuere. Vgl. Mommsen R. Staatsrt. Bd. 3 S. 1008. So ist auch in unserm Falle nur von einem placet die Rede.

7. Allerdings wird dieser Ausspruch des Senates erfolgt sein in der Erwartung, daß der Prätor sich wohl darnach richten würde; und der Prätor ist dann auch so gütig gewesen: praetor enim utiles actiones . . dare coepit. Diese Tätigkeit des Prätors ist aber die Hauptsache. Und insofern ver-

spüren wir gleich die Selbständigkeit des Prätors, daß er sich nicht auf die schwebenden Prozesse beschränkte, sondern auch so mit Ansprüchen verfuhr, die noch nicht von oder gegen den Erblasser geltend gemacht waren. Auf diese Weise kamen die betreffenden Stipulationen außer Gebrauch.

8. Zunächst mag dieses dare actiones durch ein besonderes Dekret erfolgt sein, indem eine impetratio und causae cognitio voraufging: bis schließlich diese actiones utiles im Album Aufnahme fanden.

In einem besonders gearteten Falle wird ein solches Dekret noch befürwortet von Paul. fr. 22 de pec. const. 13, 5. Es heißt hier: sed magis est, ut fideicommissario . . decernenda esset actio.

Paul Krüger hält freilich mit Ant. Faber diese Worte für einen Zusatz der Kompilatoren. Dagegen hat sich indessen schon ausgesprochen Glück Bd. 13 S. 424 Anm. 79. In der Tat passen diese Worte gar nicht mehr für das Justinianische Recht, da laut c. 2 de form. et impetratione actionum sublatis 2, 57 vom Jahre 428 ein solches Verfahren bereits beseitigt war. Es scheint aber vor sed magis etwas ausgefallen zu sein.

9. Der Senatsbeschluß ist uns bei Ulpian in dem bereits mehrfach benutzten fr. 1 § 2 in folgender Gestalt überliefert.

Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosum esse fidem suam: placet, ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum uoluntates.

Genau ist die Ueberlieferung jedenfalls nicht.

So ist anstößig ex his, das Mommsen ersetzt hat durch

eas lites. Man könnte auch denken an lites contestatas. Vgl. Call. fr. 59 de obl. et act. 44, 7.

Ferner sind zu beanstanden actiones quae in heredem heredibusque dari solent. Wlassak a. a. O. hat schon hingewiesen auf Gai. II, 253 und Paul fr. 41 pr. ad S.C. Treb. In Anlehnung an Gajus würden wir etwa zu folgender Fassung gelangen: ut actiones, quae iure ciuili heredi et in heredem conpeterent, ei et in eum darentur, cui ex testamento fideicommissum restitutum fuisset.

Auf alle Fälle sprach der Senat nur von Zivilklagen. Es fragt sich jetzt, wie wir das zu verstehen haben.

Man kann doch kaum glauben: daß dieselbe Tätigkeit, welche vom Prätor hinsichtlich der Klagen des Zivilrechtes gewünscht wurde, ihm hätte bei seinen eignen Klagen versagt sein sollen. Auch bemerkt Paulus a. a. O. ausdrücklich: tamen honorariae actiones transeunt.

Bemerkenswert ist ferner Ulp. fr. 178 § 3 de uerb. obl. 50, 16 Lenel n. 2966: hoc uerbum 'debuit' omnem omnino actionem comprehendere intellegitur, siue ciuilis siue honoraria siue fideicommissi fuit persecutio.

Es handelt sich hier um die stipulatio emptae et uenditae hereditatis. Dieselbe scheint umfaßt zu haben quod testator debuit. Dafür mußte der Käufer aufkommen. Er haftete demnach nicht bloß aus Zivilklagen, sondern auch aus prätorischen; selbst die fideicommissi persecutio war ihm gegenüber zulässig.

Nun sind die Stipulationen zwischen Erben und Fideikommissar den Stipulationen beim Erbschaftskauf nachgebildet. Also wird auch der Fideikommissar wie der Käufer aus prätorischen Klagen gehaftet haben.

Die ciuilis actio des Senatsbeschlusses wird demnach in einem andern Sinn zu verstehen sein: im Gegensatz zu Anordnungen des Senats, indem eingeschlossen waren die prätorischen Klagen. Vgl. Ehrlich Theorie der Rtsquellen S. 119 flg.

Aehnlich verhält es sich mit dem Gegensatz von competere und dare. Das competere umfaßt bei den Rechtsgelehrten der Kaiserzeit im allgemeinen alle Klagen, die bisher zustanden, auch einschließlich der prätorischen: das dare bezieht sich auf die neu zu erteilenden: vgl. Paul Krüger Z. RG. Bd. 29 S. 2.

10. Die Klagen, welche hier in Betracht kommen, sind teils dazu bestimmt, dem Fideikommissar im allgemeinen Schutz zu gewähren.

So stand ihm dem belasteten Erben gegenüber nach II. 282 zunächst zu Gebote eine fideicommissi persecutio.

Ferner hatten diejenigen, quibus restituta est hereditas nach Ulp. fr. 1 de fid. com. h. p. 5, 6 eine hereditatis petitio fideicommissaria. Für diese hereditatis petitio nimmt Lenel Ed.[2] S. 179 Fassung in factum an, 'wobei des hereditatem ex senatusconsulto Trebelliano restitutam esse Erwähnung geschah'. Aber im Falle einer Manzipation wird doch wohl quiritisches Eigentum erworben und auf Grund dessen eine formula in ius concepta gewährt sein.

Was die Einzelklagen für und gegen den Fideikommissar anbetrifft, so haben sich für Personenwechsel erklärt: Rudorff ed. perp. S. 158; Bekker Akt. Bd. 2 S. 118; Lenel Ed.[1] S. 144. Dagegen entscheidet sich Lenel Ed.[2] S. 180 in Anlehnung an Ferrini auf Grund von Theoph. II, 23 § 4 für fiktizische Fassung.

Meines Erachtens haben wir unsern Ausgang zu nehmen vom transferre bei anhängigen Prozessen. Hier werden wir jedenfalls ohne Personenwechsel nicht fertig. An die Stelle des Erblassers trat im allgemeinen der Erbe: vgl. Koschaker S. 269. War der Erbe mit einem Universalvermächtnisse belastet, so kam statt seiner der Fideikommissar in Betracht. Daß sich dies nach dem S.C. Treb. so verhielt, sagt Theophilus sogar ausdrücklich: ἵνα . . πᾶσαι αἱ ἀγωγαὶ . . ἐπὶ τὸν fideicommissárion καὶ κατὰ τοῦ fideicommissaríu μετέλθωσιν, 'damit die Klagen alle für und gegen den Fideikommissar herankämen'.

Später ist dann der Prätor weiter gegangen und hat Klagen gewährt, ohne daß ein Prozeß schon anhängig war: und für diesen Fall haben wir die fiktizische Fassung: καὶ λοιπὸν ὁ praétωr ὑπουργῶν τῷ τοιούτῳ δόγματι utilías ἀγωγὰς, τουτέστι πλαστικὰς, δέδωκε τῷ fideicommissaríῳ καὶ κατὰ τοῦ fideicommissaríu, ὡσανεὶ κληρονόμου αὐτοῦ ὑπάρχοντος, ἵνα κινῶν λέγῃ· ‚ὡσανεὶ ὑπῆρχον κληρονόμος εἰ φαίνεται τόνδε χρῆναι δοῦναι‘.

76. S.C. Pegasianum II, 254—259.

Das S.C. Trebellianum, und in Anlehnung an dasselbe der Prätor, gewährte für und gegen den Erbschaftsfideikommissar die Klagen aus Forderungen und Schulden des Erblassers, wie sie an sich für und gegen den Erben zustanden.

Es wiederholte sich aber hier dieselbe Erscheinung, wie bei den Legaten. Erben, denen nichts oder wenig übrig blieb, hatten keine Lust, die fragliche Erbschaft anzutreten.

1. Dagegen richtet sich das S.C. Pegasianum, erlassen unter Vespasian, 69—79. Auch diese Erben sollten ein Recht haben auf das Falcidische Viertel.

Das S.C. Pegasianum beschränkte sich wie das Trebellianum auf die testamentarischen Erben, es ist aber von Antoninus Pius auf die Intestaterben auferlegten Fideikommisse ausgedehnt worden. Paul. fr. 18 pr. ad leg. Falc. 35, 2: dixi legem Falcidiam inductam esse a diuo Pio etiam in intestatorum successionibus propter fideicommissa.

Es wird unterschieden, ob für die Erben das Viertel freigeblieben ist oder nicht. Im ersteren Falle kommt nach wie vor das S.C. Trebellianum zur Anwendung. Hat der Testator das Viertel nicht freigelassen, so soll das S.C. Pegasianum Platz greifen.

In diesem Falle sind dann wieder zwei Möglichkeiten gegeben: entweder der Erbe verzichtet auf sein Recht, oder er macht Gebrauch vom Abzuge des Viertels.

2. Wenn ein Alleinerbe auf sein Recht verzichtete, der die ganze Erbschaft herauszugeben hatte, so konnte er zu seiner Sicherheit den Abschluß von Stipulationen verlangen, wie sie beim Erbschaftskaufe üblich waren.

Im § 253 ist uns gesagt, daß infolge des S.C. Trebellianum diese Stipulationen außer Uebung gekommen seien. Das muß sich dann aber doch beschränkt haben auf das Gebiet, wo das S.C. Trebellianum zur Anwendung kam.

Diese Stipulationen bringen zum Ausdruck, daß der Käufer einer Erbschaft nur als Singularsukzessor Rechte erlangt. Das Eigentum an den einzelnen Sachen muß ihm besonders übertragen, die Forderungen müssen ihm abgetreten werden, für die Schulden der Erbschaft haftet er nur, sofern sie von ihm übernommen sind: vgl. Windscheid Pand. Bd. 3 [7] § 621.

So haben wir uns nun auch den Fideikommissar vorzustellen. Universalsukzessor bleibt nach wie vor der mit dem Universalfideikommisse belastete Alleinerbe. Das S.C. Trebellianum kam in diesem Falle nicht zur Anwendung, das S.C. Pegasianum mag diesen Fall nicht berührt haben: jedenfalls erhielt sich die alte Uebung neben dem Pegasianum.

Wie mag sich das erklären? Es müssen doch noch immer Leute übrig geblieben sein, welche eine Erbschaft antraten, die durch Universalfideikommisse erschöpft war, und die sie dann dem Willen des Testators gemäß getreulich auslieferten. Es sind dies Vertrauenspersonen des Erblassers, welcher seine besonderen Gründe dafür hatte, weshalb gerade sie sich zuerst der Erbschaft bemächtigen sollten.

Heutzutage haben wir für Fälle dieser Art die Testamentsvollstrecker, mit denen sich beschäftigen die §§ 2197—2228 des B.G.B. Sie gehen zurück auf die Salmannen des deutschen Rechtes: vgl. Dernburg das bürgerliche Recht Bd. 5 § 134.

In alter Zeit hat es in Rom einmal auch solche Salmannen gegeben. Der alte familiae emptor war nichts anderes. Dieser ist aber vom heres zurückgedrängt und zu einer bloßen Förmlichkeitsperson geworden. Neben dem heres

des klassischen römischen Rechtes gibt es keinen Testamentsvollstrecker mehr.

Bei Mitteis Röm. Pr.rt Bd. 1 S. 105 flg. Anm. 30 heißt es sogar: 'Einen Testamentsvollstrecker für die Gesamtheit des Nachlasses und letzten Willens kann es nicht geben'.

Dafür wird Bezug genommen auf Scaeu. fr. 80 § 1 ad S.C. Treb. 36, 1.

Weiter werden von Mitteis eine Reihe von Beispielen angeführt, wie man sich anderweitig geholfen habe.

Den Hauptersatz hat aber meines Erachtens das Universalfideikommiß dargeboten. Nicht unmittelbar, aber mittelbar. Der Gedanke, welcher zugrunde liegt, ist dieser. Neben einem heres ist ein Testamentsvollstrecker nicht möglich; warum sollte denn aber ein heres nicht zum Testamentsvollstrecker zu gebrauchen sein? Deshalb mußte er auch Universalsukzessor bleiben, und die Universalsukzession mußte vom Universalfideikommisse ferngehalten werden. An sich hätte es ja viel näher gelegen, die Universalsukzession auch mit einem Universalfideikommisse zu verbinden, das die ganze Erbschaft umfaßte, wenn man sie zur Anwendung brachte bei einem Fideikommiß, das sich auf einen Teil der Erbschaft beschränkte.

3. Und widerstrebt es denn durchaus dem Begriffe einer Vertrauensperson, daß sie für ihre Mühewaltung, welche die Regulierung einer Verlassenschaft mit sich bringt, ihren Lohn erhält? Auch von diesem Gesichtspunkte aus läßt sich das Viertel auffassen, welches ihr nach dem S.C. Pegasianum von der Erbschaft verbleiben soll.

Macht nämlich der Erbe vom Abzugsrechte Gebrauch, so ist seine Lage eine ähnliche wie bei der partitio legata, und deshalb sollen auch hier ähnliche Stipulationen zur Anwendung kommen.

Die Stipulationsfrage des Erben werden wir uns etwa so vorstellen können: Quantae pecuniae hereditatis L. Titii nomine condemnatus fuero, siue quid alias eius heredi-

tatis nomine bona fide dedero, dodrantem partem mihi dare spondes?

Und die entsprechende Frage des Fideikommissars etwa so: Quanta pecunia ex hereditate L. Titii ad te peruenerit, pro dodrante parte mihi dare spondes?

Diese Stipulationen bringen wiederum zum Ausdruck, daß die Universalfideikommissare nur als Singularsukzessoren Rechte erwarben. Die ganze Last der Liquidation ruht auf den Schultern des Erben. Er hat die Forderungen einzuziehen und die Schulden zu bezahlen; er hat das Eigentum an den Sachen bzw. den Erlös dafür zu übertragen; dazu kommt hier noch die Verteilung. Schon diese Aussicht wird manchen abgehalten haben, derartige Erbschaften trotz des ihm gebotenen Viertels anzunehmen. Darauf weist uns hin das Anerbieten im Kommentar von Autun 72: ego paratus sum onera hereditatis in me suscipere: meo periculo adeat et restituat hereditatem.

4. Nun ist aber von der Erbschaftsantretung der Bestand der Universalfideikommisse abhängig. Deshalb kann ein solcher Erbe zur Antretung gezwungen werden: auf Antrag des Fideikommissars besiehlt der Prätor die Antretung und Herausgabe der Erbschaft.

Ueber die Frage, in welcher Weise ein solcher Zwang ausgeführt sein mag, vgl. Rtsg. Gajus S. 270 und Ubbelohde ArchCivPrax. Bd. 61 S. 75.

Ein so gezwungener Erbe hatte aber weiter nichts zu tun mit der Erbschaftsregulierung. Stipulationen wurden in diesem Falle nicht abgeschlossen. Es sollten aber für und gegen den Fideikommissar die Klagen gegeben werden in Gemäßheit des S.C. Trebellianum. So wurde nach beiden Seiten hin Sicherheit geschaffen. Also müssen die Klagen für und gegen den Erben versagt sein.

5. Das S.C. Pegasianum ist demnach bemüht, die Universalfideikommisse auch da aufrecht zu erhalten, wo dem ein-

gesetzten Erben vor allen Dingen die Rolle eines Liquidators zugedacht war.

Ist der Erbe nicht überlastet, so kommt nach wie vor das S.C. Trebellianum zur Anwendung.

Will ein Alleinerbe, dem auferlegt war, die ganze Erbschaft herauszugeben, von seinem Abzugsrechte keinen Gebrauch machen, so kann er doch den Abschluß von Stipulationen verlangen, wie sie beim Erbschaftskauf üblich waren.

Macht der Erbe vom Abzugsrechte Gebrauch, so kommen ähnliche Stipulationen wie bei der partitio legata zur Anwendung.

Tritt der Erbe gezwungen an, so werden in Gemäßheit des S.C. Trebellianum alle Klagen für und wider den Fideikommissar gewährt.

Im allgemeinen hat also das S.C. Pegasianum den Grundgedanken des Trebellianum beibehalten. Nur wenn es zum Abzug des Viertels kommt, ist auf die partitio legata zurückgegangen. Dies war noch geltendes Recht für den Kommentator von Autun 76: Ergo hic non transeunt actiones et stipulationes erunt necessariae.

6. Diese Besonderheit hatte nach Justinian schon das Mißfallen von Papinian erregt. Auch war ein Viertel der Erbschaft für einen Liquidator im allgemeinen ein etwas hohes Honorar. Justinian nahm eine Aenderung vor und geht in seiner Vorliebe für das S.C. Trebellianum sogar so weit, daß er auf dasselbe selbst das vom S.C. Pegasianum geschaffene Zwangsrecht überträgt. Vgl. § 7 de fideicom. her. II, 23; c. Tanta § 6[a].

Auf diese Weise ist das Pegasianum dem Namen nach in der Justinianschen Gesetzgebung völlig beseitigt worden.

77. Das Fideikommiß einzelner Sachen. II, 260—262[a].

Das Fideikommiß einzelner Sachen kann auferlegt werden nach § 260 einem Erben oder Legatar. Unter Erben ist aber

nur zu verstehen der in einem Testamente eingesetzte Erbe. Dies ergibt der Satz in § 261: ne plus quisquam rogetur aliis restituere, quam ipse ex testamento ceperit.

Wenn I. I. II, 24 § 1 neben dem Legatar et fideicommissarius als Belasteter genannt wird, so ist dies spätere Rechtsbildung.

Vermacht werden können als Fideikommiß nicht bloß Sachen des Erben und Legatars, sondern auch fremde Sachen. So verhält es sich auch schon mit dem Damnationslegat seit dem S.C. Neronianum und früher: Erkl. 61 unter 2b.

Es fragt sich nun: hat hier das Fideikommiß dem Damnationslegat oder das letztere dem ersteren vorgearbeitet? Da Zweifel auftauchen, ob das Fideikommiß in allen Beziehungen wie ein Damnationslegat zu behandeln sei, haben wir wohl das letztere als das vorbildliche zu betrachten: um so mehr, als das Damnationslegat einer fremden Sache schon dem Atejus bekannt war, vgl. Labeo-Iau. fr. 30 § 6 leg. 3.

Weil anfänglich nur ein Erbe oder Legatar mit einem Fideikommisse belastet werden konnte, hat das Fideikommiß ein Testament zu seiner Voraussetzung. Es ist aber nicht nötig Errichtung im Testamente, es genügt ein im Testamente bestätigter Kodizill. Und zwar hat die Klagbarkeit der Fideikommisse von denjenigen Kodizillen ihren Ausgang genommen, die im Voraus bestätigt waren: pr. I. de cod. II, 25 und Fein, Fortsetzung Bd. 44 S. 19 flg.

Seit wann die Klagbarkeit sich erstreckte auch auf diejenigen Kodizille, die nachträglich bestätigt wurden, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls war es noch zur Zeit Plinius des Jüngern ein unbestrittener Rechtssatz: daß Fideikommisse für nicht geschrieben galten, wenn der betreffende Kodizill nicht im Testamente bestätigt war. Plin. ep. 2, 16: admones me codicillos Aciliani . . pro non scriptis habendos, quia non sint confirmati testamento; quod ius ne mihi quidem ignotum est, cum sit his etiam notum qui nihil aliud sciunt. Die Briefe dieses zweiten Buches sind geschrieben

zwischen 97–100: siehe Mommsen, Hermes Bd. 3 S. 38 = Ges. Schr. Bd. 4 S. 373.

Die Klagbarkeit der nicht in einem Testamente bestätigten Kodizille, insonderheit der Intestatkodizille ist also später anzusetzen.

Der § 262ª ist wohl von einem Nachgajaner angehängt. Die hier erwähnte Ansicht, daß das Fideikommiß einer fremden Sache erlösche, wenn der Eigentümer sie nicht verkaufen wolle finde ich sonst nirgends erwähnt. Jedenfalls war Gajus' anderer Ansicht. Hierfür ist uns noch ein weiteres Zeugnis überliefert aus seinem liber primus fideicommissorum fr. 14 § 2 leg. 3, mag nun ausdrücklich der Kauf angeordnet oder eine allgemeinere Fassung gewählt sein: ut alienam rem redimat uel praestet. Ebenso heißt es noch im ep. II, 7 § 6: necesse est . . aut redimere et fideicommissario dare, aut pretium eius rei, quantum aestimata fuerit. Damit stimmen überein Paul. 4, 1 § 7 und Ulp. fr. 71 § 3 leg. 1.

78. Das Freiheitsfideikommiß. II, 263–267.

Das Freiheitsfideikommiß ist dem Fideikommiß einer körperlichen Sache nachgebildet. Ebenso wie bei einer körperlichen Sache kann damit belastet werden der Erbe und Legatar. Es ist nicht nötig, daß der Sklave dem Erben oder Legatar gehörte, es konnte auch einem fremden Sklaven die Freiheit fideikommissarisch vermacht werden. Im letzteren Falle mußte indes der Eigentümer zum Verkaufe bereit sein. Sonst erlosch das Fideikommiß. In dieser Beziehung wurde es also anders als das Fideikommiß einer körperlichen Sache behandelt. Daran hat man auch später festgehalten: Paul. fr. 31 § 4; Marcianus fr. 51 § 2 de fid. com. lib. 40, 5; Ulp. 2, 11.

Eine Abschwächung erfuhr der in Frage stehende Satz unter Justinian durch I. I. II, 24 § 2: non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 293 nennt dies unpraktisches Wohlwollen.

Ueber das Verhältnis der Institutionenstelle zur c. 6 de fid. com. lib. 7, 4 spricht Pernice sich dahin aus, daß dieser kaiserliche Erlaß erst später verändert sei. Ihm stimmt bei Kalb, Jahresbericht für 1891—1895 S. 270. Die Codexstelle beschäftigt sich mit einer fremden ancilla und wird sich ursprünglich auf einen ganz besonders gearteten Fall bezogen haben.

Beim Fideikommiß einer körperlichen Sache lag es nahe, den Bedachten durch Geld zu entschädigen. Hier war aber der Bedachte ein Sklave, den man nicht in Geld entschädigen konnte; das wäre ja seinem Herrn zugefallen. Vgl. F. Mommsen, Beiträge Abt. 2 S. 91 Anm. 3.

Das Freiheitsfideikommiß erzeugte nur einen Anspruch auf Freilassung gegen den damit Belasteten und verschaffte diesem die Patronatsrechte.

Hier entsteht nun eine Schwierigkeit, weil den Sklaven im allgemeinen die Prozeßfähigkeit mangelte. In dieser Beziehung greift ein das S.C. Rubrianum, das vielleicht dem Jahre 103 n. Chr. angehört: siehe Mommsen, Röm. Forschungen Bd. 1² S. 51 Anm. 78; Hermes Bd. 3 S. 45 Anm. 5 = Ges. Schr. Bd. 4 S. 380.

Ueber dasselbe berichtet Ulp. fr. 26 § 7 de fid. com. lib. 40, 5: Subuentum libertatibus est senatusconsulto, quod factum est temporibus diui Traiani Rubrio Gallo et Caelio (Caepione) Hispone consulibus in haec uerba 'si hi a quibus libertatem praestari oportet, euocati a praetore adesse noluissent, si causa cognita praetor pronuntiasset libertatem his deberi, eodem iure statum seruari, ac si directo manumissi essent'.

Allem Anscheine nach sind durch dieses S.C. die Freiheitsfideikommisse erst klagbar geworden. Wenigstens ist nirgends von einem andern Verfahren die Rede, das hier Platz greifen könnte. Das euocare ist vor allen Dingen zur Freilassungsform in Beziehung zu setzen, die eine Erklärung vor dem Magistrate erforderte. Rudorff, Röm. Rtsg. Bd. 1 S. 120

stellt sich die Sache so vor, als ob das Freiheitsfideikommiß schon seit Augustus klagbar gewesen sei.

Dieses S.C. Rubrianum beschränkte sich aber auf die erbschaftlichen Sklaven. Die Fideikommisse, welche einem nicht erbschaftlichen Sklaven die Freiheit gewährten, mochte der Sklave dem Belasteten oder einem Dritten gehören, sind erst klagbar geworden durch ein S.C. Iuncianum: Ulp. fr. 27 § 4; Iul. fr. 47 § 1; Marcianus fr. 51 § 8 de fid. com. lib. 40. 5. Dasselbe wird dem Jahre 127 angehören, siehe Mommsen zu fr. 28 § 4.

Also der Ausgangspunkt für das klagbare Freiheitsfideikommiß ist der erbschaftliche Sklave, mochte nun das Fideikommiß einem Erben oder Legatar auferlegt sein.

Wegen des Näheren und der späteren Entwicklung, die hier stattgefunden hat, verweise ich auf Mora des Schuldners Bd. 2 S. 286 flg.

79. Die Entwicklung des Fideikommisses. II, 268.

Ursprünglich war das Fideikommiß Vertrauenssache und sein Gebiet ein unbegrenztes. Mit der Klagbarkeit tritt uns eine ganz bestimmte Abgrenzung entgegen.

Dem Grundstocke ist natürlich das Fideikommiß noch fernzuhalten. Aber von einer ursprünglichen Abgrenzung, die sich zu Anfang der Kaiserzeit festsetzte, haben wir auch hier unsern Ausgang zu nehmen.

1. Ueber den Ursprung der Fideikommisse stimmen die Nachrichten nicht ganz miteinander überein. I. I. pr. de cod. 2, 25 heißt es: Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc ciuibus esse propter magnas et longas peregrinationes. Darnach wäre vor allen Dingen der Aufenthalt in der Fremde maßgebend gewesen, wo es den Römern leicht an den zu einem Manzipationstestamente erforderlichen Zeugen fehlen konnte. Vgl. Paul. fr. 8 § 2 de cod. 29, 7: quid enim si sufficientium testium facultatem

non habuit? Dagegen bemerkt Theoph. II, 23 § 1: συνέβαινε πολλάκις Ῥωμαῖον τελευτᾶν ἔχοντα συγγενεῖς peregrinus. Also man wollte eine Möglichkeit gewinnen, Peregrinen letztwillig bedenken zu können. Und derselbe Gedanke scheint zugrunde zu liegen Gai. II, 285.

Demnach wäre es einerseits der Aufenthalt in der Fremde, andererseits die Rücksichtnahme auf die Fremden, was die Fideikommisse ins Leben gerufen hätte. Daran mag so viel wahr sein, daß beides häufig die Veranlassung zur Errichtung von Fideikommissen geworden sein wird. Daneben gab uns indes schon die lex Voconia die Betrachtung an die Hand — siehe Erkl. 66 unter 7d — daß auch in Rom und unter Römern für das Fideikommiß Stimmung vorhanden sein mochte.

2. Bruckner, Zur Gesch. des Fideikommisses S. 3 erklärt das Institut der Fideikommisse für die bedeutsamste Schöpfung des römischen Prinzipats auf dem Gebiete des Privatrechts. Die Entwicklung war aber eine allmähliche.

a) Die Klagbarkeit der Fideikommisse hat von denjenigen Kodizillen ihren Ausgang genommen, die im voraus bestätigt waren: siehe Erkl. 77. Gleichzeitig scheinen auch die Legate, welche in einem vorher bestätigten Kodizille hinterlassen waren, klagbar geworden zu sein. Denn das Testament des Lentulus, an welches diese Klagbarkeit sich anlehnt, enthielt Fideikommisse und Legate: siehe I. I. pr. II, 25 und dazu Fein, Forts. Bd. 44 S. 15. So bestand denn in dieser Beziehung von Haus aus keine Verschiedenheit zwischen Legaten und Fideikommissen.

b) Sodann ist die Klagbarkeit auf diejenigen Fideikommisse miterstreckt worden, die in einem Kodizille errichtet waren, den der Testator nachträglich in seinem Testamente bestätigte.

An Anhaltspunkten für eine nähere Zeitbestimmung scheint es zu fehlen.

c) Jedenfalls galten noch zur Zeit des Plinius, ums Jahr 100, Fideikommisse für nicht geschrieben, die nicht in einem Testamente bestätigt waren. Vgl. Plin. ep. 2, 16 und dazu Erkl. 77; Fein, Forts. Bd. 44 S. 19 flg.

d) Später verlangte man für die Klagbarkeit des Kodizilles nur noch das Vorhandensein eines Testamentes, wenn es auch keine Bestätigung enthielt. Damit begnügte sich schon Iul. fr. 3 § 2 de iure cod. 29, 7. Vgl. ferner II, 273. Papinian forderte aber, wenn der Kodizill vorher errichtet war, irgendwelche besondere Bestätigung. Die Kaiser Severus und Antoninus (198—211) waren zufrieden, falls nur keine Willensänderung vorlag. Vgl. I. I. II, 25 § 1.

e) Die Klagbarkeit der Intestaterben auferlegten Fideikommisse wird vorausgesetzt von Antoninus Pius (138—161): Paul. fr. 18 pr. ad leg. Falc. 35, 2. Vorgearbeitet hatte schon Julian: siehe Erkl. 74 unter 2.

Nach II, 261 durfte das Fideikommiß den Betrag nicht überschreiten, den der Belastete auf Grund des Testamentes erhielt. Dieser Grundsatz erfährt eine Umgestaltung für die Intestatkodizille. Ulp. fr. 1 § 6 leg. 3: uel dum eis datur uel dum eis non adimitur; vgl. dazu Fein S. 307 flg.

f) So gab es denn vier Arten von Kodizillen, die alle zur Errichtung von Fideikommissen benutzt werden konnten. Es heißt bei Paul. fr. 8 pr. de cod. 29, 7: Conficiuntur codicilli quattuor modis: aut enim in futurum confirmantur aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento. Vgl. Fein S. 18.

g) Beim Kodizill haben wir es immerhin noch mit etwas Schriftlichem zu tun. Auch darüber hatte man sich zur Zeit des Ulpian und Paulus schon hinweggesetzt. Nicht bloß ausdrückliche mündliche, selbst stillschweigende Erklärung sollte genügen: Ulp. 25, 3; Paul. fr. 21 pr. leg. 3.

h) In nachklassischer Zeit verlangte man die Zuziehung von Zeugen: c. 1 C. Th. de test. 4, 4 vom J. 326 (?) und c. 7 § 2 ebenda vom Jahre 424. Der Schluß des letzteren Gesetzes hat eine andere Gestalt erhalten in c. 8 § 3 C. I. de cod. 8, 36. Vgl. Girard-von Mayr S. 1006 Anm. 2.

80. Unterschiede zwischen Legat und Fideikommiß. II, 269—272.

Zunächst werden eine Reihe von Verschiedenheiten zwischen Legat und Fideikommiß aufgeführt, welche das damalige Recht der Gegenwart darstellen sollen.

1. Das erste Beispiel ist nicht sicher überliefert. Für die richtige Herstellung des Textes hat bereits Goeschen hingewiesen auf epitome II. 7 § 8. Hier heißt es: fideicommissum ad eum, cui aliquid dimissum est, herede mortuo poterit peruenire, si talis fuerit condicio testamenti; nam legatum ita relinqui non potest.

Max Conrat (Cohn) Breu. Alaricianum S. 448 gibt die Stelle so wieder: 'Ein Legat kann in der Weise nicht hinterlassen werden, daß es an denjenigen, welchem irgend etwas hinterlassen worden ist, nach dem Tode des Erben wird gelangen können; hingegen kann auch nach dem Tode des Erben ein Fideikommiß demjenigen, welchem es hinterlassen worden ist, gegeben werden'.

Dimissum hat hier die Bedeutung von relictum, wie beim Nachgajaner in II, 195.

Für ungültig erklärte man demgemäß ein Legat, hinterlassen unter der Bedingung, 'cum heres mortuus erit'; davon war bereits II, 232 die Rede. Man erreichte aber die Gültigkeit, indem man eine kleine Aenderung an der Form vornahm. Man sagte: cum heres moriatur; oder auch cum heres morietur. Immerhin hielt man formell an dem Gegensatz von Legat und Fideikommiß noch fest. Letzteres sollte an sich gültig sein.

Nun handelt es sich aber darum, den Inhalt des epitome mit II, 269 in Einklang zu bringen.

In dieser Beziehung möchte ich zunächst hinweisen auf Gai. fr. 7 § 1 de reb. dub. 34, 5. Es scheint römische Gepflogenheit gewesen zu sein, daß ein Erbe, dem ein Fideikommiß nach seinem Tode auferlegt war, hierüber in seinem

Testamente Bestimmungen traf. Wie nun, wenn er dies unterlassen hatte? Es setzte sich die Meinung fest, daß ein solches Fideikommiß gleichwohl gültig sei: uerissimum est utile esse fideicommissum; nec enim in arbitrio eius qui rogatus est positum est, an omnino uelit restituere, sed cui potius restituat. Und hier können wir auch die Worte unserer Stelle gebrauchen: Nam ecce per fideicommissum magis quam testamento heredis relinqui.

Es muß jedoch etwas ausgefallen sein, und zwar zwischen fideicommissum und relinqui, wie schon Goeschen vermutet hat. Demgemäß habe ich eine Einschaltung zwischen heredis und relinqui vorgenommen.

Auf diese Weise erhalten wir folgenden Gegensatz: um einem Legate post mortem heredis Wirksamkeit zu verschaffen, sind Bestimmungen des Erben in seinem Testamente erforderlich. Und so wären zu verstehen die Worte: cum alioquin legatum nisi testamento heredis factum inutile sit. Vgl. ferner Ulp. 24, 16: ne ab heredis herede legari uideatur; Paul. 3, 6 § 5: quia nihil ab herede heredis relinqui potest.

2. Nach § 270 konnten Intestaterben zwar Fideikommisse, aber keine Legate auferlegt werden.

Die Klagbarkeit derartiger Fideikommisse scheint sich zunächst beim Erbschaftsfideikommiß Bahn gebrochen zu haben und wird bereits von Antoninus Pius vorausgesetzt. Vgl. Paul. fr. 18 pr. ad leg. Falc. 35, 2: dixi legem Falcidiam inductam esse a diuo Pio etiam in intestatorum successionibus propter fideicommissa. Vorgearbeitet hatte schon Julian: siehe darüber Erkl. 74 unter 2.

3. Das Legat bedurfte eines bestätigten Kodizilles, und zwar weist uns das scripserit in II, 270[a] auf Kodizille hin, die im voraus bestätigt waren. Deshalb ist abzulehnen, die Ergänzung von Huschke[4] caue(rit ante aut post).

Bei Fideikommissen begnügte man sich mit dem Vorhandensein eines Testamentes. Vgl. Erkl. 79 unter 2 d.

4. Im § 271 wird zunächst wiederholt, was schon II, 260 gesagt war: ein Legatar kann nicht mit einem Legate, wohl aber mit einem Fideikommisse belastet werden. Es wird hinzugefügt, daß selbst einem Fideikommissar ein Fideikommiß aufzuerlegen, möglich sei. Vgl. Erkl. 77.

5. Unmittelbar kann die Freiheit durch Testament nur gewährt werden von demjenigen Testator, der sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung wie im Augenblick des Todes quiritisches Eigentum am Sklaven hatte. Dies war schon gesagt II, 267. Es verhält sich in dieser Beziehung mit der Freilassung wie mit dem Vindikationslegate. Es genügte auch zur Freilassung ein bestätigter Kodizill: Ulp. 2, 12.

Im § 272 wird nur hervorgehoben, daß auf diese Weise einem fremden Sklaven die Freiheit nicht verschafft werden könne, und demgegenüber auf das Fideikommiß hingewiesen.

In dieser Beziehung ist indes zu bemerken, daß das Freiheitsfideikommiß nur einen Anspruch auf Freilassung erzeugte und der Eigentümer nicht zum Verkaufe genötigt werden konnte: siehe Erkl. 78.

81. Zwischenbemerkungen. II, 273—277[a].

Es folgen in verschiedenen Absätzen einige Zwischenbemerkungen, die sich zwar mit dem Fideikommiß beschäftigen, aber nicht gerade immer und nicht bloß den Gegensatz zum Legat zum Ausdruck bringen. Sie könnten später hinzugefügt sein.

1. Im § 273 handelt es sich einerseits um Erbeinsetzung bzw. Enterbung, andererseits um das Fideikommiß betr. die Herausgabe einer Erbschaft.

2. Im § 274 werden Erbeinsetzung und Erbschaftsfideikommiß in Beziehung gesetzt zur lex Voconia: erstere ist ausgeschlossen, letzteres ist zulässig.

Anstoß genommen hat man an den centum milia aeris.

Bei Pseudo-Asconius zu Cic. in Verr. II, 1 c. 41 Or. pag. 188 heißt es: centum milia sestertium. Und Dio Cassius 56, 10 gibt an δύο ἥμισυ μυριάδας. Diese 25000 werden

von Drachmen zu verstehen sein. Die Drachme wurde dem Denar gleichgestellt: Hultsch Metrologie[2] S. 250. Auf den Denar gingen vier Sesterzen. Somit kommen wir hier ebenfalls auf 100000 Sesterze.

Was den Ausdruck aeris in unserer Stelle anbetrifft, so weist er uns zunächst auf Asse hin. Nun finden wir, daß der alte Libralas geradezu durch den Sesterz ersetzt wurde. Ein belehrendes Beispiel gewähren die Injurienstrafen der Zwölftafeln VIII, 3. 4. Es kommen in dieser Beziehung in Betracht Gajus III, 223: trecentorum assium poena erat . . CL. . . XXV assium; Gellius n. a. 20, 1 § 12: uiginti quinque aeris poenae sunto; Paulus coll. 2, 5 § 5: quinque et uiginti sestertiorum poenam subito . . CCC . . CL poenam subito sestertiorum. Vgl. Mommsen Gesch. des röm. Münzwesens S. 302; Marquardt Röm. Staatsverwaltung Bd. 2[2] S. 15. Demnach stände nichts im Wege das aeris unserer Stelle ebenfalls von Sesterzen zu verstehen.

Damit sind indes noch nicht alle Schwierigkeiten gehoben. Es wurde nicht bloß nach schweren, sondern auch nach leichten Assen gerechnet. Insonderheit sind nach Mommsen Röm. Staatsrt Bd. 3 S. 249 die uns überlieferten Censussätze auf den As von $^1/_{10}$ Denar gestellt. Auf diese Weise kämen wir für die lex Voconia nur zu einem Ansatz von 10000 Denaren = M. 8701 nach Hultsch, S. 711, statt 25000 Denaren = M. 22052.

Nach Mommsen wären die 10000 Denare = 40000 Sesterze für die erste Censusklasse in der Tat anzunehmen. Andererseits hält er es aber für möglich, daß die 100000 Asse der lex Voconia von schweren Assen verstanden seien, um deren Anwendungsgebiet möglichst einzuschränken.

3. Im § 275 ist von der lex Iunia die Rede, welche die Latini Iuniani nicht bloß vom Erwerb der Legate, sondern auch der Erbschaften ausschloß. Anders behandelte man die Fideikommisse. Vgl. Bd. 1 S. 133. 134. 137. 138.

4. An diese Bestimmuug der lex Iunia wird angereiht eiu Senatsbeschluß, den wir füglich als einen Vorläufer dieses Gesetzes betrachten können: siehe Bd. 1 S. 137. 138. Hiernach war verboten, einen Sklaven unter 30 Jahren durch Testament freizulassen und zum Erben einzusetzen. Anklang fand aber die Meinung, daß es zulässig sein müsse, einen Sklaven unter der Bedingung freizulassen, falls er das 30. Jahr erreichen sollte. Eine solche Bedingung zuzulassen, hatte um so weniger Bedenken, als den Zwölftafeln bereits die statu liberi bekannt waren: siehe Erkl. 60. Wer beim Ableben des Testators noch Sklave, konnte freilich für sich keine Erbschaft erwerben; hier fand dann aber ein Erbschaftsfideikommiß Verwendung.

5. Während sich bereits der § 269, wie ich annehme auf Grund von epitome II, 7 § 8, mit dem Gegensatze von legatum und fideicommissum post mortem heredis beschäftigt haben könnte, wird im § 277 eine derartige Erbeseinsetzung einem derartigen Fideikommisse gegenübergestellt. Und zwar tritt uns bei dieser Gegenüberstellung in dem von mir verkleinerten § 277 eine andere Auffassung entgegen als in dem davon abgesonderten § 277 [a].

Insofern besteht allerdings Uebereinstimmung, als eine Erbeseinsetzung dieser Art überhaupt verworfen wird. Dagegen soll nach § 277 nur zulässig sein ein Erbschaftsfideikommiß cum morietur, nach § 277 [a] aber auch ein Erschaftsfideikommiß cum mortuus erit. Dies wird so begründet: quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest. Demnach würde ein Erbschaftsfideikommiß cum morietur gar kein Fideikommiß post mortem heredis sein. Nun wird aber nach § 277 ein Erbschaftsfideikommiß cum morietur zugelassen, obwohl eine Erbeinsetzung post mortem heredis unstatthaft: mithin muß doch ein Erschaftsfideikommiß cum morietur ebenfalls ein Erbschaftsfideikommiß post mortem heredis sein. Das Mittelglied ist der Tod des Erben: dieser steht im Wege einer Erbeseinsetzung aber nicht einem Fideikommisse. Wir kämen hier demnach zu zweierlei Arten von Logik: nach

Logik a wäre eine Verfügung mit cum morietur eine Verfügung post mortem heredis, nach Logik b aber nicht. So dürfen wir es denn wohl mit dem Gajanischen quia nicht allzu genau nehmen.

Es ist zu unterscheiden zwischen Legaten und Erbeseinsetzung.

Die Römer hatten den Satz Post mortem heredis alium in locum eius heredem institutere non possumus. Dem entsprach nach II, 232 Post mortem heredis inutiliter legatur. Nun kamen aber Verfügungen von folgender Fassung vor Cum Titius heres meus mortuus erit, uolo hereditatem meam ad P. Maeuium pertinere; oder Cum heres meus mortuus erit, do lego bzw. dato. Was sollte man damit anfangen?

Das mortuus erit wies doch wohl zu deutlich auf den bereits eingetretenen Tod, das post mortem, hin; vielleicht ließ es sich etwas abschwächen.

Wir begegnen II, 232 und Ulp. 24, 16 beim Legate einem cum heres moriatur. Damit wollte man hinweisen auf die letzte Lebenszeit. Ein solches Legat sollte gültig sein.

Statt moriatur finden wir auch morietur: siehe zu II, 232. Ob man glaubte, durch das Futurum noch weiter vom Augenblicke des Todes abrücken zu können bzw. zu müssen, um zu einem gültigen Legate zu gelangen?

Ein anderer Versuch war nach II, 232 pridie quam heres meus morietur. Aber das pridie ließ sich doch erst feststellen, nachdem der Tod eingetreten war: vgl. III, 100. Deshalb wurde diese Fassung abgelehnt, was Gajus ungerechtfertigt findet: quod non pretiosa ratione receptum uidetur.

Solche Künsteleien waren bei der Erbeseinsetzung nicht angebracht. Denn eine Erbeseinsetzung war nicht bloß nach dem Tode des Erben, sondern schon bei Lebzeiten des Erben ausgeschlossen. Vgl. Gai. fr. 89 de her. inst. 28, 5: non

potest adiectus efficere, ut qui semel heres extitit desinat heres esse.

Hier stellt sich nun das Erbschaftsfideikommiß ein, und zwar könnte dasselbe vom cum morietur seinen Ausgang genommen haben. Später ist auch die Fassung zugelassen: cum heres mortuus erit.

Dieses cum morietur ist hier von Anfang an mit dem schon eingetretenen Tode in Verbindung gesetzt worden. Die Künstelei, sich den Toten noch als lebend vorzustellen, hätte hier auch gar keinen Sinn gehabt, da ein noch lebender Erbe ebensogut ein Hindernis für eine neue Erbeseinsetzung gewesen wäre. Dieser ursprüngliche Sinn ist durch das Gajanische quia verdunkelt worden.

Abgesehen von unserer Gajusstelle begegnen wir den Erbschaftsfideikommissen in folgender Fassung.

Mit cum moreretur bei Iul. fr. 28 § 16 ad S.C. Treb. 36, 1; Gai. fr. 7 § 1 de reb. dub. 34, 5; Scaeu fr. 18 pr. ut leg. 36, 3; Pap. fr. 60 § 7 ad S.C. Treb. 36, 1; fr. 77 § 4 leg. 2.

Mit cum morietur bei Marcellus fr. 123 pr. leg. 1 und cum morieris bei Pap. fr. 59 § 2 ad S.C. Treb. 36, 1.

In andern Stellen ist geradezu von einem post mortem suam restituere die Rede. So bei Scaeu. fr. 41 § 12 leg. 3; Pap. fr. 60 §§ 4. 6 ad S.C. Treb. 36, 1; Paul. fr. 14 § 1 de us. 22, 1; fr. 48 § 1 de iure fisci 49, 14; Ulp. 25, 8.

Bei Ulp. fr. 5 § 1 leg. 3 begegnen wir dem ab herede heredis fideicommissum.

Und wie dem Erben des Erben, so kann auch wieder dem Erben des Universalfideikommissars und dessen Erben ein Vermächtnis auferlegt werden. Damit haben wir das sukzessive Vermächtnis, das wirtschaftlich nicht ohne Bedenken, auch bei den Römern nicht häufig zur Anwendung kam; dagegen auf germanischem Boden als Familienfideikommiß zu hoher Bedeutung gelangte.

Bereits oben Erkl. 80 wies ich darauf hin in Anlehnung an Gai. fr. 7 § 1 de reb. dub. 34, 5: es sei römische Gepflogenheit gewesen, daß ein Erbe, dem ein Fideikommiß nach seinem Tode auferlegt war, hierüber in seinem Testamente Bestimmungen traf. Und der Gedanke, daß auf solche Weise die Erfüllung eines Erbschaftsfideikommisses angebahnt werden könne, tritt uns auch in andern Stellen entgegen. So bei Marcellus fr. 123 pr. leg. 1: frater decedens fratrem suum ex dodrante fecit heredem: quaero, an fideicommisso satisfecerit. Vgl. ferner Scaeu. fr. 41 § 12 leg. 3: Pap. fr. 59 § 2 ad S.C. Treb. 36, 1; fr. 77 § 4 leg. 2. Auf diese Weise wurde durch Herausgabe der Erbschaft einmal der letzte Wille des Erben, zugleich aber der letzte Wille von dessen Testator erfüllt.

Dieser letzte Wille des ersten Testamentes mußte aber auch dann erfüllt werden, wenn der Erbe kein Testament errichtet hatte. Der Erbe war durch Annahme der Erbschaft gebunden. Ihm fehlte die Macht, in freier Weise über diese Erbschaft letztwillig zu verfügen. Insofern kennt also auch schon das römische Recht in dieser Beziehung ein Gebundensein, das bei uns in den Erbverträgen eine weitere Entwicklung gefunden hat: B.G.B. §§ 2274—2302.

82. Weitere Unterschiede zwischen Legat und Fideikommiß. II, 278—283.

In den §§ 278—283 werden in zwei Absätzen weitere Unterschiede zwischen Legat und Fideikommiß angegeben. Wir werden beide Absätze ebenfalls als Nachträge zu der in den §§ 268—272 uns entgegentretenden Vorlage betrachten können. Der eine Absatz, welcher abschließt mit § 280 scheint von Gajus herzustammen, der andere auf Nachgajaner zurückzugehen.

1. Die Legate wurden auf dem Wege des Formularprozesses eingeklagt; die Geltendmachung der Fideikommisse erfolgte in Rom vor Konsul bzw. Prätor, in den Provinzen vor dem Statthalter: II, 278.

a) Augustus hatte mit der Gerichtsbarkeit in Fideikommißsachen die Konsuln beauftragt. Claudius ordnete die Sache in der Weise: daß in Rom über die bedeutenderen Fideikommißsachen die Konsuln, über die geringeren zwei Prätoren, in den Provinzen aber die Statthalter entscheiden sollten. Einen Prätor hat Titus wieder entfernt. Vgl. I. I. II, 23 § 1; Pomp. fr. 2 § 32 de or. iur. 1, 2 und dazu Mommsen R. Strt. Bd. 2³ S. 103; Keller R. C.P.⁶ S. 411.

Die Einrichtung, wie sie schließlich unter Titus (79—81) geworden war, wird in unserer Stelle vorausgesetzt: wir haben es auch nur mit einem Prätor zu tun. Von diesem Prätor heißt es: qui praecipue de fideicommissis ius dicit. Das ist wohl so zu verstehen, daß er nicht allein mit Fideikommißsachen beschäftigt war.

b) Es war aber nicht bloß die Behörde verschieden, im persequi des § 278 wie der persecutio des § 282 steckt noch ein anderer Gegensatz. Bei Legaten fand die gewöhnliche Teilung des Verfahrens statt, das Verfahren in Fideikommißsachen war ein Fall der extraordinaria cognitio. Wegen dieser Gegenüberstellung von Formularprozeß und persecutio verweise ich auf Societas publicanorum S. 455 flg.

c) Unter Berufung auf das pronuntiauerit absentem debere bei Iul. fr. 75 de iud. 5, 1 bemerkt Eisele Z. R.G. Bd. 28 S. 271: 'der Cognitionsprozeß kennt keine condemnatio im Sinne des Formularprozesses, auch dann nicht, wenn obligatorische Ansprüche geltend gemacht werden . . Es handelt sich um eine Entscheidung über ein Fideikommiß'.

d) In dieser Beziehung verdient besondere Beachtung das Fideikommiß auf eine Sachleistung. Hier erfolgte demnach keine Verurteilung in den Wert der Sache, sondern ein Bescheid dahin: daß die Sache geschuldet werde.

Damit wäre die Grundlage gegeben für eine Zwangsvollstreckung, deren Gegenstand in erster Linie die Sache selber gebildet hätte. Diesem Zwecke diente eine eigene in rem missio, die Justinian aufgehoben hat. Vgl. c. 1 vom J. 529, c. 3

§ 2 vom J. 531 comm. de leg. 6, 43; nou. 39 vom J. 536 praef.: καὶ εἰσήγοντο καὶ fideicommisso persecutiones καὶ ἐξ ἀπορίας αἱ in rem missiones; und dazu Vangerow, Pand. Bd. 2[7] § 532; Dernburg, Pfdrt. Bd. 1 S. 283 Anm. 5.

Hauptstelle ist Paul. 4, 1 § 15: Rem fideicommissam si heres uendiderit eamque sciens (ein Wissender) compararit, nihilo minus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat.

Dem entspricht Ulp. fr. 11 § 17 leg. 3: cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum quod relictum est; cum uero ipsum praestari non potest, aestimationem esse praestandam.

Und so wird verständlich die von Pap. fr. 3 pr. us. 22, 1 entwickelte Ansicht: daß bei Fideikommissen auch die nach dem Urteil gezogenen Früchte herausgegeben werden mußten. Vgl. zu dieser Stelle Mora des Schuldners Bd. 2 S. 276.

Weiter hätten Beziehung zu dieser in rem missio folgende Stellen: Afric. fr. 109 § 1 leg. 1; Scaeu. fr. 89 § 7 leg. 2; Pap. fr. 78 § 4 leg. 2; Ulp. fr. 20 leg. 3; Hermog. fr. 11 § 1 ut in poss. 36, 4.

Und da wir es hier auch mit der Gerichtsbarkeit der Konsuln zu tun haben, mag noch aufmerksam gemacht werden auf Ulp. lib. 1 de off. consulis fr. 82 de iud. 5, 1: nonnumquam solent magistratus populi Romani uiatorem nominatim uice arbitri dare. Wetzell, Vindikationsprozeß S. 124 meint: um 'die Gegenstände des Fideikommisses für den Kläger in Natur beizutreiben'.

2. Die Fideikommisse konnten stets geltend gemacht werden, die Legate waren an den rerum actus gebunden: II, 279.

Die Bestellung eines Richters war nur zu gewissen Zeiten möglich. Die Zeit, wo die Richter bestellt wurden, hieß res redeuntes, rerum actus. Augustus verlängerte den rerum actus um 30 Tage: Suet. Aug. 32. Der rerum actus fand zweimal im Jahre statt, im Winter und im Sommer, bis

Claudius beide vereinte: Suet. Claud. 23. Näheres über den rerum actus unter dem Prinzipate siehe bei Hartmann-Ubbelohde, Röm. Ger.verf. S. 352 flg.

3. Bei den Fideikommissen erzeugte die Mahnung einen Anspruch auf Zinsen und Früchte. Dieser Anspruch wird zurückgeführt auf ein Reskript Kaiser Hadrians: II, 280.

a) Neben der gutgläubigen Obligation war das Fideikommiß das Hauptgebiet der Mahnungszinse: Mora des Schuldners Bd. 2 S. 217.

Von hier aus übertrug sich die Mahnungszinse auf das legatum sinendi modo. Als Urheber dieser Rechtsbildung wird uns Julian genannt.

Beim Damnationslegat erzeugte die Mahnung noch unter Caracalla keinen Anspruch auf Mahnungszinsen, und dieser Zustand wird sich bis zur Justinianschen Ausgleichungsgesetzgebung erhalten haben: Mora Bd. 2 S. 191.

b) Auch hinsichtlich der Früchte wollte Julian das legatum sinendi modo in gleicher Weise wie das Fideikommiß behandelt wissen.

Allgemein verbinden diesen Anspruch auf Früchte mit dem Legate: Paul. 3, 8 § 4; fr. 23 leg. 1; Ulp. fr. 34 us. 22, 1. Gleichwohl bleibt fraglich, ob die Mahnung nach vorjustinianischem Rechte beim Damnationslegate einen Anspruch auf Früchte erzeugte.

c) Von der Frucht ist auseinanderzuhalten das Sklavenkind.

In dieser Beziehung ist zu beachten, daß bereits Neratius einen Anspruch auf das Sklavenkind, wenn es nach der Mahnung geboren, einem Singularfideikommissar gewährte. Paulus behandelt in gleicher Weise das Erbschaftsvermächtnis. Vgl. Paul. fr. 14 de us. 22, 1 und dazu Mora Bd. 2 S. 265.

d) Auch die Art und Weise, wie Gajus auf Julian Bezug nimmt, ist bemerkenswert: vgl. darüber Der Rechtsgel. Gaj. S. 7.

4. Bei Fideikommissen war die griechische Sprache gestattet: II, 281. Für Legate hat dies erst Theodos II. eingeführt: nou. Theod. 16, 1 § 8 vom Jahre 439.

5. Bei Fideikommissen ging die Verurteilung immer aufs Einfache; beim Damnationslegat, wenn dasselbe in Abrede genommen wurde, aufs Doppelte: II, 282.

6. Damit hängt zusammen Ausschluß bezw. Gestattung der condictio indebiti: II, 283.

Es werden einander gegenübergestellt: plus debito per errorem soluere und ex causa falsa soluere. Beide Begriffe decken sich keineswegs. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 240.

Bei der causa falsa ist vor allen Dingen an die Fälschung zu denken. Also hier an ein gefälschtes Testament. Zahlung auf Grund eines falschen Testamentes kann erfolgen aus Irrtum, aber auch ohne daß ein Irrtum vorliegt. Andererseits ist aber eine irrtümliche Zahlung aus andern Gründen möglich: man hat z. B. vergessen, daß man schon einmal zahlte.

Der falsa causa bei Bezahlung einer Nichtschuld begegnen wir noch sonst: vgl. Gai. fr. 13 § 1 de her. pet. 5, 3; Ulp. fr. 23 pr. de cond. ind. 12, 6.

Mir will es vorkommen, und namentlich dürfte unser § 283 diese Vermutung bestätigen: als ob die Rückforderung ex causa falsa der Vorläufer der condictio indebiti gewesen sei.

Denn die Rückforderung ex causa falsa wird in Verbindung gesetzt mit dem Damnationslegat und hier ausgeschlossen; andererseits findet beim Fideikommisse die irrtümliche Zahlung, die gestattet wird, Berücksichtigung.

An die Versagung der Rückforderung lehnt sich der Schlußsatz, den ich so verstehe. Beim Damnationslegat soll ebenso wie beim Fideikommiß die irrtümliche Zahlung zugrunde gelegt, aber nicht gestattet werden. Es soll einerlei sein, ob die irrtümliche Zahlung der Nichtschuld aus diesem oder jenem Grunde, ob ex causa falsa oder aus anderer causa, erfolgte. Demgemäß mußte die Rückforderung eines Damnationslegates auch versagen, wenn jemand behauptete, das Legat schon einmal gezahlt zu haben. Das kann man auch so ausdrücken: das Verbot der Rückforderung beschränkt sich beim Damnationslegat in späterer Zeit nicht mehr auf die causa falsa, sondern ergreift das Gebiet der condictio indebiti.

83. Veraltete Fälle. II, 284—288.

Im Anschluß an das geltende Recht werden eine Reihe von Fällen vorgeführt, die im Laufe der Zeit veraltet waren. Als sie zuerst Aufnahme im Lehrbuche fanden, werden sie wohl noch das geltende Recht dargestellt haben, sie mußten sich dann aber eine Umarbeitung gefallen lassen.

1. Peregrinen konnten einmal Fideikommisse errichten und erwerben: facere et ferre.

Dabei ist vor allen Dingen zu denken an das Verhältnis zwischen Römern und Peregrinen. Wie es den Peregrinen nicht verwehrt wurde, von den Römern auf dem Wege des Fideikommisses zu erwerben, um so selbstverständlicher wird umgekehrt ein derartiger Erwerb der Römer von Peregrinen gewesen sein.

Später wurde dies verboten, und seit Hadrian verfielen solche Fideikommisse dem Fiskus: II, 285. M. Voigt, R. R Bd. 2 S. 92 überweist diese Rechtsänderung teils dem S.C. Pegasianum, teils dem S.C. Apronianum: aber die eine Annahme ist so unsicher wie die andere.

2. Mit der Ehegesetzgebung des Augustus beschäftigen sich eingehend zwei Arbeiten von Jörs: eine Dissertation 'Ueber das Verhältnis der Lex Iulia de mar. ord. zur Lex Papia Poppaea', Bonn 1882, und eine Abhandlung 'Die Ehegesetze des Augustus' in einer Festschrift für Th. Mommsen, Marburg 1893.

Zunächst ergiebt Prop. II, 7 u. 1—3: daß von August ein Ehegesetz erlassen, aber wieder aufgehoben war. Der Erlaß dürfte fallen in die Zeit von 725/29 bis 727/27, vielleicht in das Jahr 726/28. Dieses Gesetz können wir betrachten als eine Vorarbeit nicht nur der lex de maritandis ordinibus, sondern auch der lex de adulteriis. Vgl. Jörs, Eheges. S. 4 flg.

Für die lex Iulia de mar. ord. bestimmt das Jahr 736/18 Dio 54, 16 § 1: ἐνομοθέτησε. Siehe Mommsen,

R. Staatsrt. Bd. 2³ S. 882 Anm. 3; Jörs, Ehegeſ. S. 34 Anm. 2.

Unterſtützt wird dieſe Angabe durch einen inſchriftlich erhaltenen Senatsbeſchluß vom 23. Mai 737/17 über die vom 1. bis 3. Juli dieſes Jahres ſtattfindenden Säkularſpiele, Bruns-Gr. n. 46 unter I Zle. 57: s(ine) f(raude) s(ua) spectare liceat ieis qui lege de marita(ndis ordinibus tenentur). Der Senat diſpenſiert hier für die Dauer der Säkularſpiele von einer Vorſchrift der lex Iulia de mar. ord., wonach den caelibes, d. h. den unverheirateten Perſonen, von welchen das Geſetz die Ehe forderte, qui nondum sunt maritati, verboten war, ſolcher Feier beizuwohnen. Vgl. Jörs, 'Ueber das Verhältnis uſw.' S. 30; Ehegeſ. S. 30 flg.

Nach Heineccii Ad leg. Iuliam et P. P. Commentarius 1731 S. 51 und Ant. Rom. syntagma lib. I tit. 25 § 6 wäre dieſes Geſetz erſt erlaſſen im Jahre 757/4. Ihm ſind viele gefolgt, und dieſe Jahreszahl findet ſich noch bei Sohm, Inſt.[14] § 99 S. 645.

Nach der lex Iulia iſt der caelebs gänzlich incapax: II, 111. 144. 286; Ulp. 22, 3. Anders verhielt es ſich mit dem Kinderloſen: Jörs, Ehegeſ. S. 20. 55.

Später iſt von Auguſtus eine Verſchärfung ins Auge gefaßt. Und zwar ging ſein Geſetzesvorſchlag zunächſt dahin: die völlige Inkapazität der Eheloſen auf die Kinderloſen auszudehnen. Das war nicht durchzubringen vor dem Lärm der widerſtreitenden Bürger, weder in dieſer Geſtalt noch ſofort. Es fand im Jahre 757/4 die Bewilligung einer Friſt von drei Jahren ſtatt; als dieſe im Jahre 760/7 abgelaufen war, einer zweiten von zwei Jahren. Die hauptſächlichſte Milderung beſtand darin, daß die Inkapazität wegen Kinderloſigkeit auf die Hälfte herabgeſetzt wurde. Daneben erfolgte eine Erhöhung der Belohnungen, vor allem durch Einführung der patrum caducorum uindicatio. Damit ſind wir angelangt bei der lex Papia Poppaea des Jahres 462/9.

Auf dieſe Entwicklung bezieht ſich Suet. Aug. 34. Hier

geschieht neben andern Gesetzen auch der lex de maritandis ordinibus Erwähnung. Von dieser heißt es dann: hanc cum aliquanto seuerius quam ceteras emendasset, prae tumultu recusantium perferre non potuit, nisi adempta demum lenitaue parte poenarum et uacatione triennii data auctisque praemiis.

Die allgemeinen Sätze des Sueton finden ihre Ergänzung in der Darstellung bei Dio 56, 10. Hier ist im § 3 vom Erlaß der lex Papia Poppaea die Rede. Es gehen vorauf eine Reihe von Bestimmungen, die wir als Bestandteile dieses Gesetzes aufzufassen haben. So heißt es § 1: τοῖς μὲν τὰ τέκνα ἔχουσι τὰ γέρα προςεπηύξησε. Diese Vermehrung der Belohnungen weist hin auf die patrum caducorum uindicatio. Es folgen die Worte: τοὺς δὲ γεγαμηκότας ἀπὸ τῶν ἀγύνων τῷ τῶν ἐπιτιμίων διαφόρῳ διεχώρισε. Unter den γεγαμηκότες können in diesem Zusammenhange nur verstanden werden kinderlose Eheleute: Jörs, Eheges. S. 54. Diese kinderlosen Eheleute sonderte Augustus ab von den Unbeweibten durch den Unterschied der Strafen: die Kaduzität trat bei diesen Kinderlosen nur zur Hälfte ein. Dabei fällt auf der Ausdruck ἀγύνων. Die Unbeweibten bilden keinen richtigen Gegensatz zu den Verheirateten. Es bleiben noch übrig die unverheirateten Frauen. Sollten diese behandelt werden wie die Kinderlosen oder die Unbeweibten? Die Frage bedürfte einer näheren Untersuchung. Ich wollte hier nur auf das ἀγύνων aufmerksam machen. Weiter wird folgender Satz angereiht: καὶ ἐνιαυτὸν ἑκατέροις ἐς τὸ τοὺς πειθαρχήσαντας οἱ ἐν τῷ χρόνῳ τούτῳ ἀναιτίους γενέσθαι προσεπέδωκε. Darnach gewährte Augustus den γεγαμηκότες und ἄγυνοι eine einjährige Frist, um den Anforderungen des Gesetzes nachzukommen. Von einer derartigen Frist ist sonst nirgends die Rede. Bei Ulp. 17, 1 stoßen wir indessen auf eine ähnliche Frist von hundert Tagen, die dem caelebs zur Befolgung des Gesetzes noch gewährt wird.

Es taucht die Frage auf, wie wir uns diesen Hergang des Jahres 757/4 näher vorzustellen haben.

An ein wirkliches Gesetz ist noch nicht zu denken. Denn dies ist die lex Papia Pappaea vom Jahre 762/9. Es kommen also nur Gesetzesvorschläge in Betracht. Und zwar wird ein schärfer gefaßter einem milder gefaßten Platz gemacht haben. Gleichzeitig wurde die Beschlußfassung über diesem milder gefaßten drei Jahre ausgesetzt. Es heißt bei Suet. Aug. 34: uacatione triennii data.

Wir haben es demnach mit zwei Gesetzesvorschlägen bzw. Gesetzesentwürfen zu tun, die schriftlich abgefaßt sein werden. Der schärfere wird durch den milderen wieder beseitigt. Dieser mildere sollte aber auch nicht sofort beraten und über ihn abgestimmt werden, sondern erst nach drei Jahren. Er wird also vorläufig zurückgestellt und auf ihm etwa bemerkt sein: uacatione triennii data oder Aehnliches.

Ein solcher Vorgang kann gar keine Seltenheit gewesen sein. Mommsen, R. St.rt. Bd. 3 S. 371 Anm. 3 stellt hierher den Fall, über den Suet. Caes. 28 berichtet. Er bezieht sich auf das Gesetz des Pompejus de iure magistratuum vom Jahre 702/52. Hier war nach der ursprünglichen Fassung allen Kandidaten persönliche Bewerbung vorgeschrieben, ohne Rücksichtnahme auf das dem Cäsar durch ein besonderes Gesetz erteilte Privileg, abwesend um das Konsulat anzuhalten. Vgl. Caesar bell. ciu. 1, 32 und dazu Ihne, Röm. Gesch. Bd. 6 S. 531 Anm. 3. Dies war nach Sueton aus Versehen geschehen: per obliuionem. Pompejus berichtigte diesen Fehler: Acciderat autem, ut is . . lege iam in aes incisa et in aerarium condita, corrigeret errorem. In welcher Weise diese Berichtigung erfolgte, ersehen wir aus Dio 40, 56 § 3: προςέγραψε μὲν γὰρ τῷ νόμῳ τὸ μόνοις αὐτὸ ἐξεῖναι ποιεῖν οἷς ἂν ὀνομαστί τε καὶ ἄντικρυς ἐπιτραπῇ. Andere verstehen freilich das lege dieser Stelle von einem bereits durchgebrachten Gesetze: so Ihne a. a. O. S. 532 und Herzog, Röm. Staatsverf. Bd. 1 S. 559. Daß indessen auch Gesetzentwürfe schon in Kupfer eingegraben wurden, ersehen wir aus Cic. pro Mil. 32, 87: incidebantur iam domi leges.

So könnte denn auch der Gesetzesvorschlag schärferer Fassung, um den es sich hier handelt, in Kupfer eingegraben und im Aerar aufbewahrt sein. Derselbe ist aber nicht durchzubringen, es müssen an ihm noch Aenderungen vorgenommen werden. Was insonderheit die Hinausschiebung auf drei Jahre anbetrifft, so wird dieselbe vermutlich Platz gefunden haben in der praescriptio: siehe über dieselbe Mommsen, R. St.rt. Bd. 3 S. 315.

Es scheint sogar eine allgemeine Verpflichtung für die Magistrate bestanden zu haben, schon den Gesetzesvorschlag dem Aerar zu übergeben, eingeführt durch eine lex Licinia Iunia vom Jahre 692/62. Siehe sch. zu Cic. pro Sestio 64, 135: Licinia uero et Iunia consulibus auctoribus Licinio Murena et Iunio Silano perlata illud cauebat, ne clam aerario legem ferri liceret, quoniam leges in aerario condebantur. Stangl II, 140 schreibt mit Halm inferri statt ferri. Damit erhielt die Stelle einen ganz andern Sinn, der meines Erachtens keine Verbesserung wäre. Das legem ferri bezieht sich auf den Gesetzesvorschlag: siehe Mommsen, R. St.rt. Bd. 3 S. 311 Anm. 6. Dieser Vorschlag soll nicht erfolgen clam aerario, d. h. heimlich vor dem Aerar; er muß also den Beamten des Aerars mitgeteilt sein. So wäre meines Erachtens auch zu verstehen Cic. de leg. 3, 4 § 11: promulgata proposita in aerario cognita agunto. Das promulgata weist im allgemeinen hin auf die Veröffentlichung; proposita auf das Aufstellen; und cognita auf eine Einrichtung, die dem Aerar vom Gesetzentwurfe Kunde verschaffte. Mesnil zu dieser Stelle fragt freilich verwundert: was die noch nicht beratenen und genehmigten Gesetzesvorschläge im Aerarium sollen? Darauf wäre dies zu erwidern. Regelmäßig werden die Gesetzentwürfe in der Fassung, wie sie zuerst vorgeschlagen, Gesetz geworden sein. Man konnte also diesen Entwürfen gleich die Form des Gesetzes geben, was ja auch heutzutage geschieht, und sie so im Aerar aufstellen. Sollte aber einmal ausnahms-

weise eine Aenderung am Gesetzesvorschlage gemacht werden, so mußte das Aerar hiervon Kenntnis erhalten.

Jörs, Ehegesf. S. 62 behauptet unter Berufung auf Mommsen: 'der promulgierte Entwurf war für den Magistrat unabänderlich'. Allerdings bemerkt Mommsen, R. St.rt. Bd. 3 S. 371: 'Außerdem hatte . . der Antragsteller bei der Promulgation dem Aerarium eine Abschrift seines Antrages einzureichen, da nachher derselbe nicht mehr abgeändert werden durfte'; und ebenda S. 393 spricht Mommsen von einer 'Promulgation, die ihn (nämlich den Gesetzesvorschlag) auch für seinen Urheber unveränderlich macht'. Diese Auffassung ist aber meines Erachtens nicht zu halten. Die Sache dürfte vielmehr so liegen. Sollte ein Gesetzesvorschlag geändert werden, so mußte hiervon das Aerar Kunde erhalten; und war der Gesetzesvorschlag in Gesetzesform hier bereits ausgestellt, so bedurfte es einer entsprechenden Aenderung.

Als die drei Jahre abgelaufen, waren die Gemüter noch nicht beruhigt, Augustus bewilligte daher eine weitere Frist von zwei Jahren zur Vorbereitung. Dio 56, 7 § 3: ἀλλὰ τὸ μὲν πρῶτον τρία ἔτη ὅλα πρὸς παρασκευὴν ὑμῖν ἔδωκα, τὸ δὲ δεύτερον δύο.

Es wird demnach im Jahre 760/7 eine neue Bemerkung in der praescriptio des Gesetzentwurfes nötig geworden sein. Jörs, Ehegesf. S. 62. 63 denkt freilich für das Jahr 757/4 und auch wohl 760/7 schon an einen zustimmenden Volksbeschluß, also ein wirkliches Gesetz. Dazu nötigt uns aber kaum das τὸν νόμον . . καταλυθῆναι bei Dio 56, 1 § 2. Denn νόμος sowie lex in einem weitern Sinne umfassen auch den Gesetzentwurf. Vgl. z. B. Dio 40, 56 § 3 wie Suet. Caes. 28 und dazu oben S. 427. Ebensowenig ist einzusehen, warum der Ausdruck uacatio notwendig Befreiung von einem schon bestehenden Gesetze bedeuten solle.

Im Jahre 762/9 kam dann die lex Papia Poppaea zustande. Ob an dem bisherigen Gesetzentwurfe noch weitere Aenderungen beliebt wurden? Man könnte denken an das

ἐνιαυτόν bei Dio 56, 10 § 3, während wir bei Ulp. 17, 1 in einem derartigen Falle auf eine Frist von hundert Tagen stoßen. Tief eingreifend werden derartige Aenderungen damals nicht gewesen sein.

Also Augustus drang jetzt durch. War denn inzwischen die Volksstimmung eine andere geworden? Vielleicht stehen wir schon unter der Einwirkung des Fideikommißgedankens.

Das Fideikommiß wurde erst unter Augustus klagbar: siehe Erkl. 74. Die Hauptstellen sind I. I. II, 23 § 1; II, 25 pr. Vgl. dazu Bruckner, Zur Gesch. des Fideikommisses S. 28 flg.

Der Ursprung dieser Klagbarkeit ist verknüpft mit der Person eines Lucius Lentulus. Es heißt von ihm I. I. II, 25 pr.: sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid; et cum diuus Augustus uoluntatem eius implesset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, soluit. Dieser Lentulus ist vermutlich derselbe, welcher im Jahre 751/3 zusammen mit Messalla das Konsulat bekleidete: vgl. Klein, Fasti cons. S. 14; Liebenam, Fasti cons. S. 8; Mon. Anc. Lat. III, 29. 30 et (L. Lentulo et) M. Messalla consulibus. Sein Tod in Afrika könnte demnach füglich erfolgt sein zur Zeit der lex Papia Poppaea.

Der Sieg des Augustus war demnach mehr ein formeller. Sachlich zeigte er den Römern ja selber durch seine Behandlung der Fideikommisse, wie sie es zu machen hatten, um den Nachteilen der lex Papia Poppaea zu entgehen: sie brauchten nur Fideikommisse zu errichten. Und schließlich ließ sich doch auch ein ungültiges Legat als Fideikommiß auffassen. In dieser Beziehung ist bemerkenswert der Hinweis auf die Behandlung, welche die Tochter des Lentulus ungültigen Legaten zuteil

werden ließ. Von selber verstand sich diese Gleichstellung allerdings nicht: vgl. Erkl. 66 unter 1.

Erst das unter Vespasian, 69—79, erlassene S.C. Pegasianum hat hier einen Wandel geschaffen.

Dasselbe S.C. unterwarf zugleich die Fideikommisse der lex Falcidia, beschränkte sich aber auf die testamentarischen Erben; eine Ausdehnung auf die Intestaterben auferlegten Fideikommisse erfolgte erst durch Antoninus Pius: siehe Erkl. 76. Dabei scheint auch nur das Erbschaftsfideikommiß ins Auge gefaßt zu sein, worauf sich zunächst die Wirksamkeit der Intestatkodizille beschränkte.

Jetzt noch eine sprachliche Bemerkung. Bei dieser Ehegesetzgebung werden unter den orbi die Kinderlosen verstanden, während in der alten Rechtssprache, insonderheit auf den Censuslisten, orbi orbae die Witwen und Waisen sind, die des Vaters bzw. des Mannes Beraubten: vgl. Mommsen, R. St.rt. Bd. 2[3] S. 365 Anm. 3, S. 366 Anm. 1. Deshalb ist die nähere Bestimmung der orbi im § 286[a] durch ob id quod liberos non habebant durchaus gerechtfertigt und nicht mit Polenaar auszumerzen.

3. Einen weiteren Fall, wo ein gültiges Fideikommiß durch Gleichstellung mit Legaten bzw. Erbeseinsetzung ungültig wurde, bietet dar das Fideikommiß zugunsten einer incerta persona bzw. eines postumus alienus. Diese Gleichstellung ist nach II, 287 herbeigeführt durch einen von Hadrian veranlaßten Senatsbeschluß.

Eine spätere Zeit dachte in dieser Beziehung vielfach milder, davon ist schon Erkl. 70 und 71 die Rede gewesen.

4. Endlich wird als unzweifelhafter Rechtssatz aufgeführt: daß auch ein Fideikommiß zur Strafe nicht hinterlassen werden könne.

Justinian hat diesen Satz im allgemeinen aufgehoben: siehe darüber Erkl. 69 unter 4.

Auffallend sind die vielen Fehler, die wir in dem hier erörterten Abschnitte antreffen: hereditarium statt hereditatium, hereditastes statt hereditates, diro statt diuo, ut oder ui statt in, es esto statt esto, legatum statt legata. Insonderheit eine Reihe von falschen Auflösungen betreffend namentlich die Abkürzung f. c. = fideicommissum usw., ferner sunt statt sacratissimi, Iulianas statt Iuliam.

Dieser Umstand legt die Vermutung nahe, daß dieser Abschnitt beim Unterrichte vernachlässigt, die veralteten Fälle vielleicht ganz übergangen wurden.

84. Schlußbemerkung. II, 289.

Geschlossen wird mit einer allgemeinen Bemerkung. Das Fideikommiß wird gegenübergestellt dem directo relinqui. Unter dem directo relinqui haben wir zu verstehen das heres esto, damnas esto, liber esto, tutor esto usw. Sei auch in vielen Beziehungen mehr durch das Fideikommiß zu erreichen, so trete es doch in einer Hinsicht zurück: ein Vormund könne auf diese Weise nicht bestellt werden.

Uebersicht.

Grundstock.

97. Nunc referemus legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus[1]).

101. Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant; aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. **102.** Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur.

104. Eaque res ita agitur. Qui facit testamentum adhibitis sicut in ceteris mancipationibus V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re his uerbis familiae emptor utitur: Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tutela mea custodelaque mea esse aio; quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere (et ut quidam adiciunt) aeneaque libra esto mihi empta. Deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco. Deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testator, itaque uos Quirites testimonium mihi perhibitote.

---

1) Vgl. Erkl. 1 S. 89.

Et hoc dicitur nuncupatio. Nuncupare est enim palam nominare.

105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris.

Ulp. 20, 10. Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit [1].

Ulp. 20, 12. Impubes, licet sui iuris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum iudicium animi habet.

112. (furio)si prohibentur; hi modo (per interualla, quibus sani sunt, possunt facere testamenta).

112c. Praeterea testamenti faciendi ius non aliter habent mulieres, quam si coemptionem fecerint remancipataeque et manumissae fuerint.

123. Item qui filium in potestate habet, inutiliter testabitur [2].

131. Valet quidem testamentum, sed postea adgnatione postumi siue postumae rumpitur [3].

138. Si quis poste factum testamentum adoptauerit sibi filium, aut per populum eum qui sui iuris est aut per praetorem eum qui in potestate parentis fuerit, omnimodo testamentum eius rumpitur. **139.** Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manu conueniat, uel quae in manu fuit nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi suai.

142. Simile ius est in eius persona, cuius ex senatusconsulto causa erroris probatur, si ciuis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam et filium procreauerit: nam siue uiuo patre causa probatur siue post mortem eius omnino rumpit testamentum [4].

---

1) Vgl. Erkl. 11 S. 145.

2) So wird einmal der Satz des alten Rechts gelautet haben. Vgl. Erkl. 5 unter 1, Erkl. 28.

3) Vgl. Erkl. 28.

4) Siehe Erkl. 27 unter 3.

144. Posteriore quoque testamento, quod iure facturum est, superius rumpitur.

145. Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur, velut is qui fecerit testamentum kapite diminutus uel ea quae fecerit testamentum kapite diminuta sit[1]).

151. Apparet non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere.

193. Per uindicationem hoc modo legamus 'Titio' verbi gratia 'hominem Stichum do lego'.

196. Adeo autem solae res per vindicationem legantur, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt; id est et quo faceret testamentum et quo moreretur: alioquin inutile est legatum.

199. Si duobus pluribusue per uindicationem eadem res legata sit, et omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinent et deficientis portio collegatario adcrescit.

216. Per praeceptionem hoc modo legatum damus 'L. Titius hominem Stichum praecipito'.

238. Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. Veluti si ita legatum sit 'qui primus ad funus meum venit ei heres meus X dato'.

---

1) Vgl. Bd. 1 S. 269.

Schreibweiſe der Veroneſer Handſchrift.

	Einzel- und Doppelbuchſtaben.	Seite
b ſtatt u	82, 1 tāb ſtatt tāu = tutore auctore	8
	89, 12 superbacum ſtatt -uacuum	23
b fällt aus	78, 20 pueribus ſtatt puberibus	3
c ſtatt ch	101, 18 Sticus ſtatt Stichus	44
	103, 22 scolae ſtatt scholae	48
	105, 23 Isticum ſtatt Stichum	53
	107, 21 Sticum ſtatt Stichum	55
c ſtatt g	81, 19 uir⟩cini ſtatt -gini	8
	116, 12 lecemus ſtatt leg-	68
	120, 23 casiano ſtatt Pegas-	74
	126, 7 Pecasiano ſtatt Peg-	82
c ſtatt s	110, 1 c̄oc ſtatt c̄os = consulto	58
cc ſtatt c	80, 16 nunccupauerint ſtatt nuncup-	7
	82, 18 nunccupationibus ſtatt nuncup-	10
d ſtatt t	84, 20 hereditadem ſtatt -tem	13
dm ſtatt mm	94, 15 quodadmodo ſtatt quodammodo	32
e ſtatt a	117, 14 committabatur ſtatt -tebatur	70
e ſtatt ae	88, 2 Vellea ſtatt Vellaea	20
e ſtatt e'	101, 22 e = eius	45
ee ſtatt ēē	103, 20 ceerit = cesserit	48
e fällt aus	120, 12 smel ſtatt semel	74
g ſtatt c	125, 9 graege ſtatt graece	80
g überflüſſig	125, 11 ego ſtatt eo	80
h fällt aus	91, 24 is ſtatt his	28
	92, 11 em ſtatt hem = heredem	29
	119, 3 aeque ſtatt haeque	73

		Seite
h überflüssig	88, 17 -athis statt -atis	21
	91, 14 uthi statt uti	27
	97, 6 ad his statt at is	37
	123, 21 his statt is	78
i statt e	79, 8 perhibitote statt -betote	4
i statt ii	80, 19 is statt iis	7
	82, 7 dsgl.	9
i statt u	126, 10 habebint statt -bunt	82
ii statt i	80, 9 iis statt is	6
	106, 2 iita statt ita	52
	125, 16 iuriis statt iuris	81
i fällt aus	78, 10 alter statt aliter	3
	100, 23 dsgl.	43
	82, 23 Titus statt Titius	10
	97, 17 adicuntur statt -ciuntur	37
	120, 18 partiarum statt -rium	74
i schiebt sich ein	98, 13 iniunius statt in unius	39
	101, 6 omine statt omne	43
	103, 9 iniusu statt in usu	47
	104, 17 utilie statt utile	50
	117, 1 sicholae statt scholae	69
i prothetisch	101, 2 subistituere statt substi-	43
	105, 12 Istichum statt Stichum	51
	105, 23 Isticum statt Stichum	52
m statt n	105, 5 volumptatem statt volunt-	50
	113, 3 dodramtem statt -drantem	63
m fällt aus	80, 22 hereditate statt -tem	7
	106, 13 possessione a. E. statt -nem	52
	118, 12 indenis statt indemnis	71
	121, 14 ucteste a. E. statt uestem	75
m schiebt sich ein	77, 14 primus statt prius	1
	94, 14 domnestici statt domest-	32
m a. E. überflüssig	82, 24 illam statt illa	10
	88, 1 legem statt lege	20
	113, 1 gratiam statt -tia	63
	118, 2 hereditatem statt -te	71
	122, 5 alienam statt -na	76
	126, 8 possem statt posse	82
n statt m	119, 24 quan statt quam	73
n fällt aus	77, 10 adquiratur statt -rantur	1
	77, 16 pertinet statt -nent	1

		Seite
	78, 15 reli|quantur statt relinq-	3
	80, 16 vendiderit statt -rint	7
	82, 21 nupare statt nuncupare	10
	88, 16 qui statt quin = qui in	21
	89, 22 pare|te statt parente	24
	90, 16 istitutus statt inst-	25
	90, 22 infirmatur statt -mantur	25
	91, 2 posset statt -sent	26
	92, 15 infirmetur statt -mentur	29
	103, 8 uidicationem statt uind-	46
	106, 19 differe|tia statt -rentia	53
	107, 2 coniuctis statt coniunctis	54
	109, 5 disiu|ctim statt -iunctim	57
	126, 3 uidebatur statt -bantur	82
	126, 9 qui test. statt quin test.	82
n schiebt sich ein	110, 15 fuerint statt -rit	59
	112, 21 nascebantur statt -batur	62
	119, 14 relinquam statt -liquam	73
	120, 6 permanent statt -net	74
o statt a	78, 15 legato statt -ta	3
	121, 12 Pegasiano statt -siana	75
o statt u	94, 8 suos statt suus	32
	123, 7 intestatos statt -tus	78
	124, 21 petimos statt -mus	80
o schiebt sich ein	84, 13 filious statt filius	13
	109, 16 Titious statt Titius	57
p schiebt sich ein	105, 5 uolumptatem statt -luntatem	50
q statt c	121, 21 aliqui statt alicui	75
q schiebt sich ein	92, 3 aliqo statt alio	28
s statt sc	95, 14 inmisuerit statt -scuerit	34
	95, 15 isui statt is cui	34
	97, 18 siet statt sciet	37
s statt ss	88, 17 isuis statt is suis	21
	100, 16 tabuli scribimus statt tabulis scr- . .	42
	109, 11 isi statt is si	57
ss statt s	83, 16 resscripto statt rescr-	12
	90, 5 eos scriptus statt eo scr-	24
	125, 9 graeges scripta statt graece scr- . . .	80
s fällt aus	82, 7 nancicitur statt -ciscitur	9
	100, 22 substitutione statt -nes	43
	107, 21 eto statt esto	55
	125, 24 fico statt fisco	81

		Seite
s überflüssig	90, 7 eos tempore statt eo tempore	24
	126, 8 hereditastesque statt -tatesque . . .	82
td statt d	82, 7 faciuntdi statt -undi	9
t statt tt	78, 18 facit statt facit t = facit testamentum .	3
	104, 13 faceretest- statt faceret test-	49
tt statt t	82, 16 obseruattio statt -atio	10
	83, 2 st Titium statt s. Titium = sunt Tit- .	11
t fällt aus	80, 11 milium statt militum	6
	88, 15 habere aut statt -ret aut	21
	97, 3 si itaque statt sit itaque	36
	100, 19 longe utius statt longe tutius . . .	43
	102, 15 instiutum statt -stitutum	46
	106, 23 uindican statt -cant	53
	109, 13 habe statt habet	57
	109, 19 esse statt esset	57
	114, 3 de agitatur statt de t. ag- = de tutore ag-	64
	118, 12 dedisse statt -set	71
	119, 22 recipi statt -pit	73
	125, 1 agun = agunt statt aguntur	80
t überflüssig	98, 2 intstitutus statt instit-	38
	116, 24 utitam statt uitam	69
	123, 19 instituti statt -ui	78
u statt au	80, 7 ut statt aut	6
u statt i	112, 3 olum statt olim	61
	115, 17 nominatum statt -tim	67
	126, 19 multus statt -tis	83
u statt o	85, 3 filius statt -os	14
u statt uu	83, 11 patrus statt patruus	11
	89, 12 superbacum statt -uacuum	23
	94, 17 mortus statt -tuus	33
	113, 19 desgl.	64
	124, 17 desgl.	79
	95, 8 instituntur statt -tuuntur	34
	122, 12 serus statt seruus	77
	124, 19 sum statt suum	80
u fällt aus	125, 5 placisse statt placuisse	80
x statt xs	110, 1 ex statt exs = ex senatusconsulto . .	58
	111, 1 ex enatuscons = ex sen-	59

Vertauschung von Buchstaben.

a statt s	112, 8 aae statt sae	62
b statt t	77, 14 hereditabibus statt -tibus	1

		Seite
c statt e	110, 15 cum statt eum	59
e statt c	83, 5 habet = auet statt auct = autore	11
i statt s	88, 17 suii statt suis	21
i statt t	109, 3 ui statt ut	56
n statt r	91, 18 nuptae statt ruptae	27
o statt g	92, 8 adonati statt adgnati	29
p statt r	90, 15 ceptionem statt cert-	25
r statt t	126, 5 hereditarium statt -tatium	82
r statt u	126, 15 diro statt diuo	83
s statt p	83, 8 bus statt bup = bon. un. poss.	11
t statt i	89, 9 prodestue = prodest siue	23
t statt s	85, 8 heret statt heres	15
ti statt u	79, 5 manti statt manu	4
x statt a	105, 18 interex statt -rea	51

Elision.

79, 22 quin = qui in	5
88, 16 desgl.	21
85, 20 habituresse = -rae esse	16
91, 8 factaut = facta aut	26
91, 14 sin = si in	27
97, 17 quadicuntur = qua ad-	37
98, 6 inushabetur = in usu ha-	38
100, 21 sita = si ita	43
101, 1 aut heredibus = autem her-	43
102, 5 dominadire = domini ad-	45
107, 6 retinerein = -rei in	54
123, 20. 21 aut|his = autem is	78
126, 9 qui test. statt quin test. = qui in test.	82

Verlust einer Silbe.

79, 15 ornandi statt ordinandi	4
82, 21 nupare statt nuncupare	10
85, 24 heredari statt exher-	16
88, 14 ⟨p⟩et statt petet	21
91, 16 pete statt petere	27
94, 6 ceri statt ceteri	32
96, 16 institus statt -stitutus	36
97, 23 cretio statt -one	38
98, 7 substitionibus statt substitu-	38
99, 13 substitue statt -tuere	40

	Seite
101, 23 constit statt constitit	45
105, 24 darem statt dare rem	52
117, 23 restuas statt restituas	70
118, 5 insu statt in usu	71
120, 23 casiano statt Pegas-	74
125, 11 infietur statt infitietur	80
126, 23 Tius statt Titius	83

Silbe zuviel.

83, 3 institutio statt instituo	11
109, 12 secuturus statt securus	57

Endsilben und Endbuchstaben, die für voraufgehende Wörter in Betracht kommen.

83, 13 to test = to testamentum statt totum test-	11
85, 18. 19 esse . . fuissent statt essent . . fuissent	16
100, 13 illa . . substitutionem statt illam . . subst-	42
105, 20 ea rem statt eam rem	51

Endsilben und Endbuchstaben, die für nachfolgende Wörter in Betracht kommen.

82, 13 militibus qui statt m— quibus	10
92, 18 deleuerit . . conbuss statt conbusserit	30
95, 6 heredes . . h̄ = here statt heredes	34
101, 15 totam uel parte statt partem	44
113, 9 inst- utiliter statt inutiliter	63
116, 14 potestate . . pote statt potestate	69
121, 14 hominem ucteste statt uestem	75
126, 4 legem Papia statt Papiam	82

Abkürzungen.

78, 23. 24 tuam = tutela mea	3
78, 24 mea = mea esse aio	3
83, 8 b. u. = bonorum uniuersorum	11
84, 5 ṡ = sunt	12
88, 15 p = principe	21
91, 12 f = factum	27
91, 12 tem = testamentum	27
96, 23 h = heredes	36
99, 20 heresto = heres testamento	41

Sonstige Fehler.

	Seite
79, 13 potestat. ēē statt -state ē = -state est	4
87, 21 uel neptemue statt neptemue	19
88, 10 nonominatim statt nom-	20
93, 22 propter contractione statt pro portione	31
94, 19 testat modo statt testamento	33
96, 11 Titius statt Menius	36
98, 7 ininterdum statt interdum	39
102, 14 igitur statt intellegitur	46
104, 1 zweimaliges uide	48
106, 21 damni contractionem statt damnationem	53
107, 24 damna cont. nem statt damnationem	55
112, 18 legasset suae res statt legassit suae rei	62
121, 14 ucteste statt uestem	75
126, 8 legatum statt legata	82
126, 19 ut oder ui statt in	83
126, 23 es esto statt esto	83

Stellenverzeichnis.

Textbemerkungen.

Seite

Cod. 3, 28 de inoff. test. c. 25.
Zu halten ist restituere debet, daneben aber eine Lücke anzunehmen 278

Dig. 11, 1 de interr. fr. 1 § 1.
Statt frequentantur müßte dastehen frequentabantur . . . 311

Dig. 13, 5 de pec. const. fr. 22.
Die Worte sed magis est . . decernenda esset actio sind kein Zusatz der Kompilatoren; es scheint aber vor sed magis etwas ausgefallen zu sein 398

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 4311